CAPÍTULO VIII

Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

1

’Una ley, la misma ley, parece que contiene dentro de sí diversos significados. Mientras las palabras con las cuales esta fue escrita quedan fijas en el papel, encerradas en la literalidad de sus expresiones, su espíritu, es decir, el significado que se le atribuye a las disposiciones normativas con las cuales está compuesta, parece que cobrara vida y que se mueve en distintas direcciones entre sí, dirigidas hacia otras leyes a las cuales esta ley está vinculada”.

Vittorio FROSINI, *La lettera e lo splrito della legge.*

Premisa

En opinión que comparto, ”la interpretación pude definirse adecuadamente como una técnica integradora del mensaje legislativo, ya que por obra suya (simple o compleja, inmediata o prolongada, fácil o dispendiosa) dicho. mensaje .adquiere verdadera consistencia en la comunicación a los interesados”’. En el ámbito hermenéutico, ”comprender es encontrar el sentido y sentido es lo que es encontrado en la comprensión’. Para cierto sector de la doctrina italiana, la comprensión de los textos es siempre y al mismo tiempo ”subjetiva” y ”objetiva? Dentro de este contexto, el (viejo y

Vittorio FROSINI, *nada de la interpretación jurldka,* traducido por Jaime RESTPEPO, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, 99. El autor agrega que el mensaje legislativo no puede considerarse en Forma estática, cerrado en si mismo y atemporal; sino en su proyección dinámica, orientada al objetivo de su conversión *final* en una nueva situación jurídica, situación que está determinada por una estructura que se Impone sobre otras estructuras, eliminándolas o sustituyéndolas en su fitncionalldad operativa o también modificándola? (cit., 119). Pietro PERLINGIERI,11 *diritto ende nena legara costituzionale,* ESI, Napoli, 1991, 204. Pleno PERLINGIERI, *op.* 205.

L_

1

1

clásico) aforismo in *claris non interpretatio4* entra en crisis, por cuanto la claridad de un texto no es un *prius* sino un *posteriuss.* Las interpretaciones literales, lógicas y sistemáticas no son ni pueden ser fases distintas cronológica ni lógicamente; estas son perfiles y criterios *de* un proceso cognoscitivo unitario8. La Interpretación es, por definición, lógico-sistemática y teleológico-axiológica, vale decir, finalizada a la actuación de los nuevos valores constitucionales'.

Si nos remontamos a las raíces etimológicas, "el término 'intérprete' se deriva de la preposición latina *inter* y del vocablo indoeuropeo *pret* (hablar), e indica la función de quien está entre dos personas que hablan y las pone en relación entre sf'8. Se observa, además, que: "a diferencia de lo que se verifica para las derivaciones modernas, 'interpretad' no designaba la atribución de un sentido a un mensaje documentado ni los modos de tal atribución por parte de alguien, sino designaba la específica emisión de un mensaje de particular calidad (por ejemplo, *dicere)* por parte de quien *podía,* era capaz de, era legitimado a, emitirlo. Análogas consideraciones podía hacerse para la *ermeneía* de los griegos en los antiguos usos"9.

Por ello, a propósito del aforismo *in claris non fit interpretatio,* se sostiene que: "los escritores del derecho común llamaban 'interpretado al producto de la actividad de comentario de los doctores y de la actividad de decisión de los tribunales, a la cual se le reconocía autoridad de derecho (objetivo) en todas las materias no disciplinadas directamente por la lex', mientras que por lex' se entendía el cuerpo del derecho romano-justinianeo y —frecuentemente— la producción estatutaria de los soberanos y de otros órganos delegados, donde el principio 'in claris non fit interpretado' era un principio de jerarquía de las fuentes, con el cual se excluía el recurso a la fuente del

La expresión Italiana correspondiente es *chiaro testo non fine oscura giossa* (a* un *texto* que está claro, no hay que hacerle comentarios que lo oscurezcan) (Vittorio FROSINI, *op. cit.,* 98).

Pietro PERLINGIERI, *op. cit.,* 211. Pleito PERLINGIERI, *op. cit.* Pietro PERLINGIERI, *op. cit.,* 212. Vittorio FROSINI, *op.* cff , 99. Giovanni TAREUD, *terpretazione della legge,* Giuffré, Milano, 1980, 4.

derecho ’interpretado’ en los casos directamente disciplinados por la fuente de derecho ler.

El problema preliminar consiste en individualizar, mediante una verdadera y comprometedora actividad hermenéutica en el *mare magnum* de las fuentes y de las propuestas legislativas, cuál es la normativa vigente”. La interpretación valorativa representa la superación histórica y cultural de la interpretación literal”. El equivoco mayor que se anida en el brocardo ín *claris non fit interpretatio* es el presupuesto sobre el cual se funda, o sea, la ”claridad” del texto”. El sentido del sistema se deduce no en el aislamiento de la relación del intérprete ”con el contenido de las singulares normas” sino confrontando siempre la norma singular con todas las otras, verificando la coherencia constitucional”. Por consiguiente, resulta más coherente afirmar que <in *claris* o no, *semper fit interpretatio’.*

La actividad interpretativa no es mecánica ni unidireccional, verdadera o falsa, o simplemente declarativa: es actividad, por definición, no solo dirigida sino vinculada al dato normativo. Es una actividad vinculada más específicamente a las elecciones y a los valores del ordenamiento jurídico”.

La actividad de la interpretación es creadora, en el sentido que explaya históricamente los valores del ordenamiento, individnalin la normativa idónea, constituye un precedente doctrinal y jurisprudencial que tiene una autoridad y un peso propios *en* las elaboraciones sucesivas de la jurisprudencia y de la ciencia, y juzga la compatibilidad de la norma al caso concreto”.

10 11 12 13 14 15 16 17

Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 33-34. Pietro PERLINGIERI, op. cit., 213. Pietro PERLINGIERI, *op.* Pietro PERLINGIERI, *op. cit.* Piso PERLINGIERI, *op. cit.,* 220. Piso PERLINGIERI, *op. cit.,* 222. Pletro PERLINGIERI, op. *cit.,* 223. Pietro PERLINGIERI, *op. cit.*

447

ill.1

1. Tipos de interpretación

Autorizada doctrina iusfilosófica italiana distingue, dentro del género **interpretación en el derecho,** la interpretación del derecho, que ”designa originariamente la operación de individualizar, encontrar la disciplina jurídica de un comportamiento o de un conflicto”, de la interpretación de ley, en la que: ”la locución ’interpretación tiene el significado propio dé uso ordinario moderno y se refiere, por ello, a la atribución de significad(a un ente; tal ente, en el caso de la <interpretación de la ley; es siempre documento o el conjunto de documentos de los cuales se sabe o se postut que expresan una norma jurídica determinada o un conjunto de normas; norma jurídica es el significado que mediante la interpretación es atribuid al documento o a una combinación de determinados documento?”.

Históricamente, la interpretación ha sido clasificada en *interpretan declarativa, interpretatio restrictiva, interpretarlo extensiva e interpretan correctiva.* Al respecto, se afirma que: ”la terminología en cuestión es mu antigua y se remonta a los comentadores *(interpretatio declarativa),* dentr de los cuales tenía otro sentido. Hoy no es usada con frecuencia.

Desde el tiempo de los comentadores, la’interpretatio declarativa’ contraponía a dos resultados de la actividad del intérprete, respectivameni designados como *interpretatio restrictiva e interpretatio extensiva.* En oc siones, estos dos modelos de calificar la interpretación respecto a su resu tado eran reagrupados en un género comprensivo, llamado ”interpreta& correctiva” *(interpretatio correctiva)””.*

Así, había *interpretado restrictiva* ”cuando el intérprete excluía que palabra del documento de ley tuviese en la ley toda la plenitud de signific: do que tenía en el *comunis usus loquendi* y procedía a la exclusión de algi nos de sus significados *(restrictio* o remisio)””. La *interpretatio extensiva*

18 Giovanni TARELLO, op. *cit.,* 940. 19 Giovanni TARELLO, *op.* cit., 35. 20 Giovanni TARELLO, *op. cit.*

presentaba ”cuando el intérprete procedía a una *extensio* del significado del documento de ley, sea atribuyendo a una palabra un significado más lato del común, sea extendiendo el alcance de la ley hasta cubrir casos análogos a aquel en el cual el alcance aparente de la ley se refiere sobre la base de razones equitativas *(interpretatio analógica, lnterpretatio equitativa)””.*

Sin embargo, un atento sector de la doctrina ha precisado que esta clasificación, vigente dentro de su contexto histórico, ya no debe ser utilizada, por cuanto se oculta ”el hecho de que una cosa es el documento; otra los significados que al mismo, o a sus segmentos, se le atribuye; y que entre estos significados no hay uno ’aparente’ y uno <rearn.

En las últimas décadas del siglo XIX, se comenzó a utilizar las expresiones *interpretación creativa* e *interpretación abrogarte.* Por la primera, ”se entiende el resultado de la actividad del intérprete que consiste en la individualización de una norma, que no puede ser considerada como uno de los significados atribuibles —según las reglas lingüístico-semánticas del contexto social, cultural y organizativo, en el cual el intérprete opera a un enunciado o a una combinación de enunciados del discurso legislativo’’’. Por *interpretación abrogante,* ”se entiende el resultado de la actividad del intérprete que consiste en la negación que a un particular enunciado del discurso legislativo sea atribuible un determinado significado preceptivo, ello quiere decir que el resultado de la actividad del intérprete consista en la afirmación de que aquel particular enunciado del discurso legislativo no expresa ningu-

na norma

.24

Sin embargo, *se* afirma con razón que, desde el punto de vista de ”terapia lingüística”, se puede aconsejar prescindir de este tipo de clasificaciones, por cuanto se trata de expresiones que sugieren que: ”el discurso legislativo tenga un significado propio y principal, independiente de las actividades interpretativas de los usuarios y que hayan entidades, las normas jurídicas, preconstituidas a la búsqueda, individualización e interpretación. Ello ocul-

21 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 22 Giovanni TAWM LO, *op. cit., 36.*

Giavanni TA RFT **O, *op.*** *cit.*. 36-37.

23

24 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 37.

449

ta el hecho de que ”las normas” deben considerarse como el *resultado,* en vez del presupuesto de las actividades, en sentido lato, interpretativas”

Resulta importante distinguir la Interpretación-actividad de la Interpretación-producto. La primera es aquella que se refiere a ”un fenómeno mental, como el atribuir significado a un documento’. La interpretación-producto, en cambio, es entendida como ”el resultado de haber interpretado’’, Ello resulta de suma importancia, por cuanto, en doctrina yen la praxis interpretativa, se les suele confundir. En atención a ello, *se* puede decir que ”la actividad interpretativa es, a menudo, objeto de discursos jurídicos persuasivos, propagandísticos e ideológicos, el producto de la interpretación y sus documentos es, a menudo, objeto de discursos jurídicos descriptivos’.

En atención a los sujetos que interpretan, la interpretación puede ser auténtica, que es ”la actividad interpretativa y el producto de la interpretación realizados por el mismo autor del objeto de la interpretación, sucesivamente a la, o separadamente de la, producción del mismo objeto”’. La interpretación oficial es ”la actividad interpretativa y el producto de la interpretación realizados por un órgano —diverso de, e inferior a, aquel que ha producido el objeto de la interpretación— del aparato del Estado en el ámbito del ejercicio de su propio mandato institucional”30. Por interpretación judicial o jurisprudencial, se entiende ”la interpretación cumplida por órganos judiciales mediante sentencias. En un cierto sentido, se trata de un subtipo de interpretación oficial, dado que también los órganos judiciales son ciertamente —en las organizaciones jurídicas modernas— órganos del aparato del Estado”31. La interpretación doctrinal es la ”interpretación —como actividad y como producto— realizada por los juristas en las obras de doctrina yen las escuelas de Derecho”32.

25 Giovanni TARELLO, *op. cit., 38.* 26 Giovanni TARELLO, *op.* cit., 39. 27 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 28 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 41-42. 29 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 51. 30 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 52. 31 Giovanni TARELLO, *op.* cit., 53. 32 Giovanni TARELLO, *op. cit,* 54. El autor afirma que ”en nuestro actual ordenamiento legisla•

tivo, la figura del jurista no está tipificada, por lo cual esta figura no debería, en rigor, entrar

450

t

2. La interpretación: ¿descubre normas o propone el significado de las normas?

Usualmente se afirma que el objeto de la interpretación son las normas jurídicas. Ello es un error, por cuanto las normas jurídicas son objetos ideales que se representan a través de dispositivos legales o documentos (que sí tienen un soporte material y están al *alcance* del intérprete). Por consiguiente, el objeto *de* la interpretación es el documento que es expresión de una norma jurídica. También se dice que, mediante la interpretación, se descubren normas jurídicas, cuando en verdad "el intérprete releva, o decide, o propone el significado de uno o más enunciados preceptivos, relevando, o decidiendo, o proponiendo que el derecho ha incluido, o incluye, o incluirá una norma»33.

Dentro de esta línea de pensamiento, se sostiene que la actividad de atribuir un significado a un documento puede consistir tanto en una volición como en una intelección, tanto un acto de voluntad como un acto de conociniiento34. Así: "el operador de la interpretación puede *decidir* atribuir al documento objeto de interpretación un significado particular; puede *proponer* atribuir al documento objeto de la interpretación un significado particular; puede *relevar* que en el pasado ha sido dado a un documento objeto de interpretación un particular significado; puede también prever que en el futuro por parte de alguien se dará a un documento objeto de interpretación un particular significado; y puede, naturalmente, hacer más de una de estas cosas, y quizá las cuatro"35.

En atención a ello, el operador jurídico que decide o el que propone realiza una interpretación-actividad, mientras el operador jurídico que releva

entre aquellas propias de los operadores típicos de la Interpretación; pero, *además* de las razones tradicionales y de las lexicales (tipificación del nombre), se considera que, en nuestra cultura jurídica yen la práctica forense y burocrática, la interpretación doctrinal tiene una individualización propia y conserva una cierta autoridad, tanto que se le puede considerar como un eslabón entre la serie de interpretaciones tipificadas por el derecho y la serie de interpretaciones tipificadas por los hechos" *(cit.,* 54-55).

33 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 64. 34 Glovarud TARELLO, *op. cit.,* 61. 35 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 61-62.

o el que prevé realiza una interpretación-producto36. Para este sector de la doctrina, la interpretación auténtica es una *propuesta* de interpretación"; la interpretación judicial y la oficial son *decisiones* de atribuir un determinado significado"; y la interpretación doctrinal es una *propuesta* para atribuir en el futuro un determinado significado a un documento normativo39, Comparto este criterio, salvo para el caso de la interpretación auténtica, por cuanto, al ser el legislador el que la realiza, no constituye una propuesta de interpretación sino una decisión (de carácter vinculante) de atribuir (por ley) un determinado significado (a otra ley).

Las normas son, pues, las "reglas de comportamiento, es decir, las prescripciones según las cuales algunos comportamientos o las omisiones de algunos comportamientos son obligatorios para algunos agentes"' y, por ello, son los significados que se atribuyen a los documentos de las leyes y de otros actos normativos jurídico»tus

Por ello, toda interpretación de derecho escrito

parte de un documento constituido por un texto escrito'. Dentro de un documento, la mínima unidad lingüística que contiene un significado completo se denomina "enunciados". En consecuencia, "el objeto de la interpretación jurídica está constituido por enunciados: los enunciados normativos'''.

3. La argumentación como base del razonamiento jurídico

¿Qué mecanismo utiliza la sociedad para controlar la actividad interpretativa de los operadores jurídicos? Se afirma que el control social sobre el ope-

36 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 62. 37 Giovanni TARELLO, *op. cit., 64.* 38 Giovanni TARELLO, *op. cit., 65.* 39 Giovanni TARELLO, *op.cit.* 40 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 102. 41 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 42 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 105. 43 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 106. 44 Glovannl TARELLO, *op. cit.,* 107. El autor *advierte que,* dentro de los enunciados, se encuentran

los vocablos por ello, la ambigüedad de los vocablos, *de las* palabras, es *una* de las muchas razones de la variabilidad *de* la interpretación de los enunciados, y que, muchas veces, la ambigüedad de los vocablos y de las palabras se reduce debido a que algunas acepciones de estos quedarían excluidas, porque, si son acogidas, el enunciado que las contiene quedaría privado de sentido y quien interpreta el enunciado

presume que este tenga un sentido” (cit).

452

rador jurídico que formula las normas (es el caso del legislador) se refiere a su **autoridad y el control sobre los operadores jurídicos que aplican e interpretan las normas (aparte de ser también sobre su autoridad) se da sobre los modos de ejercicio y procedimientos intelectuales de su actividad. En el primer caso, se trata de un control social de ”legitimidad”; en el segundo, de un control social de legalidad’. Asimismo, se verifica** *que,* **en indas las organizaciones jurídicas modernas, el legislador no justifica su decisión, por cuanto ”el fluidamento de la autoridad legislativa** *está* **en su ’legitimidad’ y no en la corrección de procedimiento intelectual a través del cual ejercita su funciót0.**

Dentro de la actividad interpretativa, juegan un rol decisivo las argumentaciones, vale decir, los ”modelos de motivación interpretativos””. No se debe olvidar que el artículo 139.5 de la Constitución del Perú establece, como principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan’. Por ello, ”las decisiones que atribuyen a documentos normativos un particular significado son respectivamente motivadas y argumentadas sobre la base de esquemas de razonamiento jurídico que [...] son considerados correctos””.

Autorizada doctrina italiana sostiene que la ”lógica del derecho” es cosa bien diversa de la lógica formar”. ¿Qué rol ocupa la lógica dentro del razonamiento jurídico? La verdad, bastante reducido. Si por lógica se entiende el conjunto de relaciones formales que vinculan proposiciones, así como la ciencia que estudia estas relaciones formales’ y por lógica deóntica se en-

45 46 47 48

49 50 51

Giovanni TARUGO, *op. cit.,* 68. Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 69. Giovanni TARELLO, *op.* En concordancia con ello, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N• 017-93-JUS, del 28.05.93, establece que ’todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en

que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado’:

Giovanni TARELLO, *op. cit.* Emilio BETTI, *Teoria generale della interpretazlone,* tomo I, Guita, Milano, 1955, 582. Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 76. El autor distingue la lógica analítica aristotélica, que se utilizaba entre los lusnaturalistas de corte naturalista y racionalista, en la cual, se entendía que, si

tiende "la aplicación de los métodos *de* **la lógica moderna [...]** a problemas **deónticos, vale decir, a problemas relativos a la** aplicación de normas y a la **decisión sobre la base de normas', el radio de** acción de las mismas dentro **del razonamiento jurídico es asaz limitado. Por ello, se** ha llegado a sostener **que: «la lógica formal no parece preocuparse de los problemas** de los *hombres* **sino de las relaciones entre esqueletos descarnados** *que* comparan el **largo de sus delgados huesos y llegan a conclusiones simples** en un cementerio **conceptual antes que en la riqueza y complejidad del** mundo vivo. No **es que *sus* conclusiones no sean correctas; simplemente no** son suficientes **para el jurista".**

En el razonamiento jurídico está presente, por sobre todo, el razonamiento dialéctico. En efecto: los razonamientos dialécticos parten de lo que es aceptado, siendo su fin el hacer admitir otras tesis que son, o pueden ser, controvertidas. Se proponen, pues, persuadir o convencer: no consisten en inferencias válidas y constrictivas, sino que presentan argumentos más o menos fuertes, más o menos convincentes y que *jamás* son puramente formales. Un argumento persuasivo es el que persuade **a** aquel a quien se dirige. Contrariamente al razonamiento analítico, el razonamiento dialéctico no es impersonal, pues él se aprecia por su acción sobre un espíritu. Resulta de ello que es preciso distinguir netamente los razonamientos analíticos de los razonamientos dialécticos; los unos se refieren a la verdad y los otros a la opinión. Cada dominio exige otro tipo de discurso y es ridículo contentarse

Derecho *(cit.,* 71).

las premisas eran *verdaderas, eran verdaderas también* las consecuencias, de la lógica formal moderna, que era utilizada por los positivistas. Esta última indagaba las vinculaciones formales entre proposiciones y también la *validez formal* de las deducciones de conclusiones de premisas asumidas como tales, independientemente de la verdad *de* las premisas y del *status ontológico* de las premisas *(cit.,* 78). Sin embargo, se advierte que Aristóteles distinguió dos especies de razonamientos, el analítico y el dialéctico. (Chaim PERELMAN, *El imperio retórica Retórica y argumentación,* traducido por Adolfo León GOMEZ GIRALDO, Grupo Editorial Norma, Santa Fe de Bogotá, 1998, 19). Giovanni TARFID3, *op. cit.,* So. Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta a cortando, en Thémis, segunda* época, No **12,** Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, 65. El autor, no obstante esta afirmación inicial, sostiene que "la lógica es indispensable para cualquier disciplina

intelectual y, con la debida precaución, es un instrumento de enorme utilidad para el

con argumentaciones razonables por parte de un matemático, como exigir pruebas científicas aun orado?'".

Así, en la interpretación jurídica, las reglas de la lógica formal, basada en la *verdad* de los argumentos, o de la lógica deóntica, que no es más que una aplicación de la lógica formal en el campo del Derecho (que se basa en la verdad de los argumentos jurídicos), son desplazadas por la argumentación de tipo persuasivo", defendida por la corriente (denominada) de la nueva retórica°.

Sin embargo, en posición crítica, se afirma que esta posición es ambigua, por cuanto: "no cubre todo el campo de los razonamientos jurídicos de cualquier sujeto institucional ni de cualquier contexto histórico-institucional: esta cubre, en cambio, como teoría descriptiva, a algunas operaciones realizadas por ciertos sujetos de la interpretación (funcionarios, juristas, abogados) en las organizaciones jurídicas modernas de cultura iuspositivista y precisamente solo a aquellas operaciones (de motivación y argumentación de elección de premisas y de atribuciones de significados a enunciados preconstituidos) que no son susceptibles de tratamiento lógico-formar".

'En suma, la nueva retórica no se aplicaría para el legislador ni para el diseño de modelos legislativos. No obstante ello, los aportes *de* esta corriente

54 Chaim PEREIMAN, *op. cit.,*

55 Diferenciando ambos tipos de razonamiento, se sostiene que "a) el razonamiento lógico depen-

de de axiomas, mientras el razonamiento jurídico depende de presunciones y de normas precedentes, b) el razonamiento lógico tiene como dogma la coherencia, mientras el razonamiento jurídico tiene como dogma la completitud (porque el juez tiene la obligación de emitir siempre una decisión); c) un argumento lógico es correcto o incorrecto, mientras un argumento jurídico es fuerte o débil" (Giovanni TARELLO, *op. cit,* 93). 56 Entre nosotros, se sostiene, con razón, que "cuando hablamos de una motivación razonable, ya

no estamos en el ámbito del razonamiento correcto, de las derivaciones o consecuencias necesarias; sino que, al intervenir el factor axiológico —ajeno al razonamiento lógico puro—, existirá *más* de una conclusión correcta, por ello lo que se busca es argumentar para lograr persuadir respecto del mayor grado de razonabilidad o justicia de la posición que

se sostiene. Una vez que hayamos conseguido convencer o persuadir, habremos conseguido ’adhesiones; es decir, que la conclusión a la que se llegue sea compartida por los involucrados, por ser la que se ajusta de una mejor manera a lo socialmente aceptable en un momento dado’ (Ana María ARRARTE AMSNABARRETA, *Sobre el deber de motivación* y *su aplicación en los arbitrajes de conciencia,* en Thémls, segunda época, *N”* 43, Pontificia Universidad Católica del Perú, ima 2001, 58).

Giovanni TARELLO, *op. cit., 98.*

doctrinaria ofrecen nuevas fronteras en materia de técnicas de interpretación jurídica.

Estas reflexiones llaman la atención respecto del (decisivo e importante) rol de quienes interpretan (y a través de dicha actividad llegan a) el significado de las normas jurídicas. En efecto, la actividad interpretativa ha sido una preocupación constante de la doctrina de todos los tiempos, debido a la trascendencia de las decisiones del operador del derecho (sea este legislador, juez, notario, registrador o abogado). Las diferentes escuelas que han delimitado los criterios de interpretación de los modelos jurídicos llevan consigo una carga ”ideológica” que (confesada o no) privilegia una determinada concepción del Derecho. Comparto plenamente la opinión de quien afirma que ”lo que aquí interesa no es tanto la reconstrucción de los caminos seguidos por la metodología en diversas épocas, sino lo relevante de estos métodos sobre las técnicas aplicadas hoy en día: cada uno de estos ha dejado huellas, cada uno de ellos constituye una pieza fundamental del actual pluralismo metodológico”58.

El legislador (entendido como individuo o como grupo y, por ello, sería mejor hablar de *los legisladores)* es también un intérprete de la realidad social y esta actividad es (o debería ser) plasmada en la ley que el propio legislador diseña. Por ello, se sostiene que la legislación es ”una obra de interpretación y aplicación, referida a la voluntad legislativa”59, y que ”entre el procedimiento legislativo y el procedimiento interpretativo no existe un *hiatus* constante”60.

4. La jurisprudencia y la doctrina (o precedente) jurisprudencia’

Para un sector de la doctrina argentina, ”en sentido, metafórico puede decirse que es la costumbre llevada a los tribunales’: A su vez, agrega que es ”la forma en que los Tribunales, con suficiente continuidad y generalización, resuelven determinada cuestión. Correlativamente, no puede considerarse

58 Guido ALFA, 11 *metodo nel diritto civile, en Contratto e impresa,* ario 16, N’ 1, CEDAM, Padova,

2000, 363.

59 Vittorio FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge,* y edición, Giulfré, Milano, 1998, 45. 6o Vatorio FROSINI, *op. cit.*

jurisprudencia ala solución aislada"6'. Se afirma, con razón, que la función de la jurisprudencia "es actualizar la ley, adecuar la legislación al entorno histórico y social y evitar con ello el desfase en que puede encontrarse la ley respecto a la realidad social de cada momento histórico. La jurisprudencia es un instrumento fundamental para mantener un continuo y prudente ajuste entre la realidad social, Derecho y ordenamiento jurídico positivo"62. Para autorizada doctrina espafiola63, *sus* requisitos son:

a)

b)

Una cierta dosis de estabilidad de criterios o doctrinas y la reiteración en su utilización.

Es necesario que los criterios, afirmaciones o doctrinas hayan sido

utilizados como razón básica para adoptar la decisión *(ratio decidendi).* No se admiten dentro de la misma afirmaciones de carácter incidental *(obiter dicta).* c) Debe existir identidad entre los casos concretos decididos por las

sentencias sin que baste una mera similitud o su analogía.

Para la doctrina española que se viene citando, la doctrina jurisprudencial "es un cuerpo de doctrina, que posee valor de autoridad que le proporciona el órgano del que emana y que debe entroncarse en las funciones que dicho órgano realiza en relación con el ordenamiento jurídico o con el sector del mismo en el que actúa"64.

A veces se suele **confundir una sentencia casatoria de con pleno** *casa***torio. El** recurso de casación, tal como lo establece el art. 384 c.p.c., "tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia". La sentencia que emite la Sala Especializada de la Corte Suprema (que está compuesta por cinco vocales, según el art. 3o de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N° 017-93-TUS), no es doctrina jurisprudencial. El

61 Aúllo Aníbal ALTERINI, *Derecho Privado,* 2' edición actualizada, primera reimpresión, Abele-

do-Perrot, Buenos Aires, 1981, 57.

62 Roberto OBANDO BLANCO, *El derecho a la Tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia,*

Palestra, Lima, 2001, 50-51.

63 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Ovil,* volumen I, edición, prime-

ra reimpresión, Tecnos, Madrid, 1982, 178.

64 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.,* 179.

conjunto de las sentencias casatorias solo puede constituir jurisprudencia. E art. 400 c.p.c. establece que:

«La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados su. premos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos Jurisdic- cionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto Integro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad" (el subrayado es mío).

Se sostiene que a la doctrina jurisprudencia! se le pueden asignar las siguientes funciones65:

Interpretación en sentido estricto. Interpretación integradora de las normas. A falta de normas especiales, ha de llevar a cabo la decantación y

aplicación de los principios generales del Derecho.

Las diferencias existentes entre la jurisprudencia y la doctrina (o precedente jurisprudencial) son las siguientes:

a) Para que se configure la jurisprudencia se requiere de una plura-

lidad de sentencias; en la doctrina (o precedente jurisprudencial), solo basta una.

La jurisprudencia se puede dar en cualquier instancia (juzgados de paz, de primera instancia, corte superior e incluso corte suprema); la doctrina (o precedente jurisprudencial), solo al nivel de Corte Suprema en pleno casatorio (vale decir, con todos los vocales de la Corte Suprema).

65 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULIDN, *op. cit.*

ah,”’

111111~111.1”gum

Capitulo VIII: Sobre la Interpretacián y el espejismo de la claridad

c) La doctrina precedente jurisprudencia! es vinculante; la jurispru-

dencia, no.

Pongamos de ejemplo el Primer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República que con sentencia del **22.02.08** (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), se ha declarado que constituye doctrina jurisprudencial el siguiente precedente vinculante:

”La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso lo del articulo 446 e inciso 4 del articulo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción. Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley (voto en mayoría)».

Han pasado quince años para que el Pleno de la Corte Suprema saque a la luz su primera doctrina jurisprudencia). Sin embargo, esta decisión es suniamente discutible. Prueba de ello es que cuenta con el siguiente voto de minoría:

1. Como se previene en el Art. [45301 (c.p.c.), resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción.

Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda yen calidad de defensa

 de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.

3. Desde que en las *defensas* de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que **se** reclama en la demanda.

4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, única-

mente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, (c.p.c.) por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.

5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una

causal procesal (error in *procedendo)* se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio prncesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en *el* Art. 396 (c.p.c.) sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas".

Me inclino por el voto de minoría. No entiendo a qué interpretación sistemática se refiere el voto de la mayoría.. el art 446.10 c.p.c., claramente establece que solo se puede proponer, entre otras, la excepción de "conclusión del proceso por conciliación o transacción" y el art. 453.4 c.p.c. que «son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento dala pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro [...] en que las partes conciliaron o transigieron". Sin mucho esfuerzo se entiende que el legislador está haciendo alusión a la transacción judicial, de otra manera no se entiende la conclusión de un proceso por transacción, ni la alusión a un proceso idéntico a otro. La pretendida "santidad" de cosa juzgada *ex* art. 1302 c.c., que se le quiere dar a la transacción, se refiere a aquella judiciaL Para ello,

hay que interpretar ”sistemáticamente” el art. 337 c.p.c.M. La transacción extrajudicial es un contrato que puede ser pasible de invalidez (nulidad o anulabilidad, según sea el caso) o de Ineficacia: es un contrasentido darle el carácter de cosa juzgada. Los vocales de la Corte Suprema no han debido olvidar que, como cualquier operador jurídico que decide conflictos, no solo se limitan a hacer un control de la legalidad del sistema, sino también deben tener en cuenta la eficacia social y económica de sus decisiones. Admitiendo *que* las posiciones del voto de la mayoría y el de la minoría constituyan argumentaciones razonables, se ha tenido la opción de decidir a favor de una minen o a favor de unos campesinos, con el agravante que, si se da la razón a los campesinos, la minera puede ejercer *sus* argumentos de defensa durante el proceso, mientras que (como se hizo) al darle la razón a la minera, se le precluye esta posibilidad a los campesinos demandantes. ¿Quién pierde verdaderamente en este proceso? En puridad, al celebrarse las transacciones, la situación de asimetría informativa, respecto de la nocividad de la intoxicación por el mercurio, entre los campesinos y la minera es notoria. La voluntad de estos últimos ha sido viciada porque los representantes de la minera han incurrido en dolo omisivo (art. 212 c.c.).

Si bien es cierto que un sector de la doctrina se ha adherido a la posición del voto de la mayoría, amparándose en la interpretación sistemática de los dispositivos citados°, la comunidad jurídica ha manifestado su rotunda crí-

66 El cual regula que Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones

cas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara conduldo el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme. J a transacción que pone fin al mermo tiene la autoridad de la rosa El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta. Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas ose relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre Intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o

extinguir relaciones materiales ajenas al proceso (el subrayado es mío).
67 Bruno MARCHESE QUINTANA, *Primer Pleno Casatorio de la Historia del* Perú, en *Diálogo* con

la *Jurisprudencia, N°* 116, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2008,66. También, Fausto VIALE SALAZAR, quien habla de una ’deficiencia literal del art. 453.4 cp.c ’salvada” por una interpretación sistemática del art 1302 cc (Primer *Pleno Casatorlo en Perú Transacción judicialy excepción procesal, en Jus Jurisprudencia, Na* 5, Grfiley, lima, mayo **2008, 127).**

tica: se pone de relieve ”el abuso en la libertad de estipulación’8 por **de la minera. También se sostiene que ”es evidente** que para poder’escapa? **de una norma aparentemente clara como el inciso** 10 del artículo 446 **del Código Procesal Civil (que solo puede referirse** a una transacción judicial) **ha tenido que recurrir a una interpretación** supuestamente ’sistemática; en lugar de una **Iterar. Es decir, se ha considerado que la norma** indicada debla ser interpretada **conjuntamente con otras para determinar su** real sentido, Pero ¿cuáles eran esas otras normas? El Pleno Casatorio consideró que di. chas normas eran las referidas a transacción que se encuentran en el Códi. go Civil, específicamente el articulo 1302 (Considerando 37); no obstante, como parece ser obvio, ni dicha norma, ni ninguna otra del Código Civil establecen que las transacciones extrajudiciales pueden ser opuestas como excepciones, por tanto, ¿ante qué dase de interpretación sistemática esta.

mos? De la norma que establece que la transacción tiene como

acabar con una controversia (lo cual no es puesto en duda por nadie) no

puede derivarse el momento en que dicha transacción puede ser opuesta procesalmente”69. Incluso, no faltan quienes afirman que la Sala Plena de la Corte Suprema no es un órgano jurisdiccional, sino que tiene funciones meramente administrativas, tal como lo establece el art. 80 de la Ley Orgánica del Poder Judiciara. En este orden de ideas, ”los derechos que se vulneran es al juez natural, pues la casación es definida por un órgano ajeno a la Sala Civil permanente de la Corte Suprema; se tolera además que se avoque la Sala Plena a la causa en giro y que interfiera en la decisión final, así como que delibere y defina la casación un órgano de gestión administrativa que no ejerce función jurisdiccional’’’.

68 Rómulo MORALES HERVIAS, *Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos pro-*

pios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación, Diálogo con la Jurisprudencia, cit., 56.

69 Aldo ZELA VILLEGAS, *Una oportunidad pendida: breves apunta sobre el Pleno Quitaría, en*

Diálogo con la Jurisprudencia, cit., 68.

70 Eugenia ARIANO DEHO, *La primera aplicación del artículo 400*

del Código Procesal Ovil. ea La

Ley, N« 1, Año i, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2007,11. También Mariandla LEDESMA *Las incongruencias del Pleno Casatorio 04 en Diálogo con la jurisprudencia, cit,* 73. 71 Marlanella LEDESMA NARVÁE2, *osa cit.* Quien pone en evidencia que *el* vocal ponente del voto

de la mayoría Vásquez Vejarano fue autor de sendos votos singulares anteriores...ien sentido contrario!

Capitulo VIII: Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

Siguiendo con las críticas, se afirma que ”no existe vacío legal en el Código Procesal con relación a la excepción de transacción. El código acoge la excepción de conclusión del proceso por transacción que difiere de la excepción de transacción. Ello supone que para oponer esta acepción necesariamente tiene que haber existido un proceso y concluido por transacción, agregando que la transacción extrajudicial es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o *de* fondo, mas no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la ”excepción de transacción”, sino la *de* ”conclusión del proceso por transacción”, la que se requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido’. Por otro lado se afirma que ”la invocación que se hace a la aplicación del principio de Economía Procesal, al formalismo en el proceso civil (cuando los actos procesales necesariamente deben cubrir ciertas formas en cuanto al tiempo, lugar y modo sin incurrir en excesos y, no lo es el respeto a lo previsto por el art. 446.10 del CPC) y hasta de la doctrina de los actos propios (que no se aplica cuando existe un vicio de la voluntad o se violan normas imperativas: la demandante no estaba facultada para celebrar transacción con relación a sus hijos), es suficiente para atentar contra las normas procesales imperativas de estricta observancia, cuando ni la voluntad ni la decisión del juez deben dejarlas de lado”. Se advierte que ”la transacción siendo un contrato, no goza de la característica de la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino mas bien puede ser objeto de nulidad, anulabilidad” y que la posición correcta ”se encuentra en la interpretación sistemática de los artículos 446 numeral 10 y 453 del Código Procesal Civil, que solo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción judicial no es inmutable”’.

Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *¿La transacción extrajudicial como ’excepción procesal?,* en *Jurisprudencia, cit.,* 93. Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *op. cit.,* 94. Marcela ARRIOLA ESPINO, ¿Qué *podemos decir a propósito del* Primer *Pleno Casatorio Civil?* en *Jus Jurisprudencia, cit.,* 105. Víctor Roberto OBANDO BLANCO, *Política jurisdiccional prodictibilidad y doctrina del precedente judicial. Primer Pleno Casatorio 2007,* en *Jus Jurisprudencia,* cit., 107.

Victor Roberto OBANDO BLANCO, *op. cit.,* 118.

Juan Espinoza Espinoza *Introducción al Derecho privado*

5. El aforismo *Jura novit curia y* su aplicación en la jurisprudencia peruana

Literalmente significa ”el tribunal conoce el derecho” y ”se refiere a la invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones mantenidas por las partes dentro del proceso’. El juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte; pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma”.

Hay un sector de la doctrina procesal nacional que da a este aforismo la naturaleza de principio. Así: ”con arreglo al principio Jura *novít* curia es al juez como titular de la potestad jurisdiccional quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho aplicable al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la(s) pretensión(es) planteada(s); se funda en la presunción lógica sobre conocimiento de derecho por parte del juez y, en consecuencia, no se encuentra vinculado por las calificaciones de las partes, existiendo el límite de respetar el postulado de congruencia”.

Para acreditada doctrina española8°, la sentencia tiene que ser congruente con:

a) El objeto del *petitum,* vale decir, que el juez no puede conceder

algo diferente de lo pedido (v.g. si se pide reivindicación, el juez no puede fallar el pago de una suma de dinero por indemnización). b) La *causa petendi,* (por ejemplo, si se pide divorcio por adulterio, el

juez no puede fallar divorcio por conducta deshonrosa).

Con razón, se sostiene que ”si bien es cierto que el juez puede tener en cuenta una norma jurídica que la parte no haya invocado (iura *novit curia),*

Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit.,* 225. Se afirma que *el aura novit curia* ’en un aforismo manejado ya por los antiguos glosadores, tan aficionados a compendiar la sabiduría jurídica de su tiempo en aforismos y brocardos de síntesis jurídica en los que se ha inspirado la ciencia dogmática de nuestra época” (José Antonio SILVA VALLEJO, *El artículo VII Preliminar del nuevo Código Civil:llave maestra de la Teoría General del Derecho* Civil *y Prortsa(en Libro homenaje a José León Bamndiardn,* Cultural Cuzco, Lima, 1985, 478).

Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit.,* 227. Roberto OBANDO BLANCO, *Estudios de Derecho Procesal Civil,* San Marcos, Lima, 1997, 352. Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLON, *op. cit*

es cierto también que no puede encontrar una *ratio decidendi* en un elemento distinto de la *causa petendi* invocada (congruencia de la sentencia).

En efecto, el juez está obligado a ceñirse a los fundamentos de hecho mas no a los de derecho y, como sostiene autorizada doctina nacional, la sentencia se dicta *secundum allegatum et probatum,* caso contrario, se incurriría en una *ultra palita",* ni dejar de pronunciarse respecto de una pretensión solicitada (Incurriría en una *infra o citrapetita).*

El art VII del c.c. establece (incompletamente) que:

«los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda':

Respecto de la primera premisa, se afirma "que la búsqueda de la norma jurídica pertinente forma parte del razonamiento judicial y que no se mueve en el terreno de los hechos, los cuales sí deben ser materia de prueba'''. En la redacción de la segunda parte solo se hace referencia a la invocación de la demanda, olvidándose que en la contestación de la demanda también se

81 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. el.*

82 José LEÓN BARANI2ARMN, *Ezposidón de Motivos y Comentarios al 7Ttulo Preliminar, en Có-*

digo Civil I Exposición de Motivos y Comentarios, COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, compilada por Della REVOREDO DE DEBAKEY, Studium, Lima, 1985, 29. Sobre el particular, se sostiene que 'hay un aforismo que *ne judcc ultra pelito partfum,* que poco más o menos significa que el juez no puede darla a una parte más de lo que pide. A pesar de su antigua data, la vigencia de este principio es absoluta en el proceso civil. Es posible encontrar el origen de su éxito en la paradoja consistente en el hecho de que si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienden son de naturaleza privada.

Siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso canas y pese a que las normas que regulan el

trámite que lo conduCirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara-nos referimos al contenido de su declaración- es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, el juez estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensMn" (Juan MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso Civil,* Tomo I, Temis-De Belaúnde Monroy, Santa Fé de Bogotá. 1996, 90-91)

Lorenzo 7ALEZZI IBARCENA. *Disposidones de contenido procesal',* en *Biblioteca* ***Para*** *leerá Código Civil,* Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985. 153.

puede incurrir en error al invocar la norma jurídica pertinente’’’. La aplica. ción del aforismo *jura novit curia* debe proteger no solo al demandante siso, también, al demandado. Asimismo, el inc. 2 del art. 184 de la Ley del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por *DS.11ó* 017-93-JUS, del 02.06.93, prescribe que son deberes de los magistrados:

”Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente”.

El art. VII del T.P. del c.p.c. es más completo al regular que:

”el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las panes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes’.

Nótese que el legislador procesal prefiere como fuente al *derecho que corresponde* en vez de la *norma jurídica pertinente* del legislador civil. Si bien es cierto que el derecho correspondiente no se agota en el elenco de las normas jurídicas, es en este último sentido que debe ser interpretado. Caso contrario, obligaríamos (y ante el incumplimiento, se sancionaría) al juez que no aplicó determinada doctrina o principios de carácter no vinculante (que no tienen la categoría de normas jurídicas). Es pertinente haber aludido a las *partes en* el proceso y no limitarse solo a la *demanda* que da origen al mismo, a efectos de la esfera de aplicación del aforismo antes mencionado. Queda claro que el art. VII del T.P. del c.p.c. ha derogado tácitamente al art VII del T.P. del c.c., por cuanto, tal como lo expresa el art. I del T.P. del c.c., la materia tratada en el segundo de los artículos citados ha sido íntegramente regulada por el primero, en atención al argumento económico.

En materia administrativa, el art. 145 de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, del 10 .04.01, establece que:

”La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cual-

En este mismo sentido, Marcial RUBIO CORREA, *’Titulo Preliminar,* en *Biblioteca Para leer el Código Civg* III, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica *del* Perú, 1986, 133.

quia- obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuera errónea la cita legal, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias Innecesarias o meramente formales. adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida" (el subrayado es mío).

Doctrina administrativa nacional señala que esta obligación de las autoridades recibe el nombre de deber de oficialidad", cuyo fundamento*"aparece en* la necesidad de satisfacer el interés público inherente, de modo directo o indirecto, mediato o inmediato, en todo procedimiento administrativo"".

En el ámbito jurisprudencial, se puede constatar la aplicación del art. VII del T. P. del ce., vale decir, la prescripción de que "los jueces deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, que es la materialización del principio "iura novit enriar". Así, en el dictamen del Fiscal Supremo en lo Civil del 26.01.90 (Expediente No 1078-89, Cusco), se precisa que:

"Del estudio de autos se ha podido establecer que, si bien la actora al interponer la demanda no ha invocado como fundamento de derecho el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil," dicha norma ha sido aplicada en la resolución de *vista* en cumplimiento a lo dispuesto por el numeral VII del Título Preliminar de dicho Código"88.

Se observa que, bajo el amparo de la aplicación del aforismo *iura nava curia,* se varían las pretensiones invocadas por *las* partes. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 376-95/Cusco), con fecha 3.11.95,

85 Juan Carlos MORON HARINA, *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Adminisbutivo Gene-*

ral, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, 316. 86 Como se afirma en la Casación N° 1165-98/Lima, del 30.11.98 (en ASOCIACIÓN NO HAY DE-

RECHO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria, tomo* II, Ediciones Legales, Urea, 2000, 68). 87 El cual establece que puede ser judicialmente declarada la paternidad extramatrimonial 'cuan-

do el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la

época de la concep..iun. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre si, hacen vida *de* tales. 88 *Anales judiciales de la Corte Suprema de Justida de la República,* Año judicial 1990, tomo LXX-

VIII, Imprenta Americana, **Lima, 1993. 32**

frente a una demanda de división y partición, descubrió la `pretensión **plícitá de liquidación de sociedad de gananciales, al** considerar que

"conforme puede apreciarse, lo que realmente el presente proceso tende es la liquidación de la sociedad de gananciales, conflicto de interés que resulta de la disolución del vínculo matrimonial declarado en los autos sobre divorcio que se tiene a la vista conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento veintisiete y que requiere de una solución definitiva que establezca los derechos que les *asisten* a las partes; que aun cuando las sentencias inferiores se han pronunciado disponiendo la división y partición de los bienes sin que se haya liquidarlo previamente la sociedad de gananciales, en cuyo caso resultaba de aplicación lo dispuesto por los artículos trescientos veinte, trescientos veintidós **y** trescientos veintitrés del Código Civil y que, a pesar de no haber sido invocados en la demanda, correspondía su aplicación bajo el principio contenido en el artículo sétimo del Titulo Preliminar del Código Civil —jura *novit curia*— y por el cual los jueces pueden corregir el derecho mal o insuficientemente invocados por las partes siempre y **cuando** exista una real congruencia entre los hechos planteados que han dado motivó al conflicto y las pruebas actuadas, ya que el magistrado en realidad es el que debe aplicar la norma legal pertinente a la relación jurídica controvertida"89 (el subrayado es mío).

Frente a un caso de una persona que, mediante un contrato de mutuo, prestó dinero a dos personas naturales, representantes de una persona jurídica, haciendo el depósito respectivo en la cuenta de la mencionada persona jurídica, se generó una discusión al no devolverse el dinero. Al no haberse podido acreditar el contrato de mutuo, la mayoría de la Sala Civil de la Corte Suprema declaró no haber nulidad de la sentencia de vista, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda, mientras que el voto singular del vocal Silva Vallejo, que comparto, es en sentido contrario e invoca el principio del enriquecimiento indebido. En efecto, mediante sentencia del 13.02.89 (Expediente N° 1705-87/Lima), la Sala establece que:

"conforme lo señala el inciso tercero del artículo trescientos seis del Código de Procedimientos Civiles, para recurrir al órgano jurisdiccional, es indispensable precisar la materia demandada, requisito indispensa-

89 Alberto HINOSTROZA ~CHEZ. *Jurisprudencia civil,* tomo FECAL; Lima, 1998, 25-26.

ble para los efectos de la sentencia, la misma que debe circunscribirse **a** los puntos controvertidos sin que le sea permitido al juez conocer más hechos, a su iniciativa, que los fijados por las partes en virtud de este principio; que el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil, al establecer la obligación del juzgador para aplicar la norma jurídica pertinente, aun cuando no hubiese sido invocada en la demanda, no lo faculta para declarar un derecho no reclamado al plantear la acción"9°.

En el voto singular del vocal Silva Valle», se sostenía que

"aun cuando la obligación de devolver la suma recibida no constituye 'estricto sensu' un contrato de mutuo por no estar formalizado debidamente este contrato, debe entenderse que procede la devolución de la suma en referencia a título de enriquecimiento sin causa con el objeto de restablecer el equilibrio patrimonial roto y porque nadie debe enriquecerse a costa de otro, como lo informa la doctrina consagrada en el artículo mil ciento cuarenta y nueve del Código Civil de mil novecientos treinta y seis y mil novecientos cincuenta y cuatro del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro; que aun cuando el artículo mil novecientos cincuenta y cinco del Código vigente establece que la acción a que se refiere el artículo mil novecientos cincuenta y cuatro no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización; que dicho artículo, en el caso de autos, funciona mediante una interpretación a contrario sensu por la sencilla razón de que, técnicamente, no habla otra acción ejercitable, habida cuenta que no existe típicamente un contrato de mutuo cuyo reembolso pueda demandarse por no estar documentado propiamente el contrato en referencia y, en consecuencia, solo podía exigirse el reembolso en vía de enriquecimiento indebido; que, en consecuencia, esta es la única alternativa técnica que cabe y esto es, precisamente, lo que se ha planteado en el 'petitum' de la demanda; que, además, es de aplicación lo dispuesto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que tiene dos funciones: la primera supletoria, cuando las partes han omitido de plano los fundamentos jurídicos en que se sustenta su demanda, y la segunda, cuando el juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda; que esta

90 Alberto HINOSTROZA MINGUEZ *op. cit., 31.*

función pretoriana de la administración *de* justicia tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho y la justicia por encima de lo que las partes sustentan en los fundamentos jurídicos *de sus* pretensiones accionables en aplicación del principio ”aura novit curia”, los jueces no están obligados a acoger el error en la premisa mayor del silogismo judicial motivado por la defectuosa subsunción del derecho invocado por las partes; que, además, siendo el juez el destinatario de las normas y su máximo intérprete, este es quien, en definitiva, la aplica en su sentencia; que esta es justamente la ”ratio legis” del artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil y en tal virtud corresponde a la Corte Suprema sentar la doctrina jurisprudencia! correspondientes/1.

En casación, frente a una demanda de **nulidad de escritura pública y de acto jurídico,** la instancia inferior, aplicando el art. VII del T.P. del c.c„ declaró nulo un asiento de inscripción registral. Por tal motivo, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República (Casación N° 1259-98), con resolución del 14.12.98, establece que:

”la declaración de nulidad del asiento de inscripción a favor de doña Arabella Ato ftivadeneyra de Pella constituye un pronunciamiento ’extra petita’, pues no corresponde a un petitorio, lo que afecta la regla del artículo ciento veintidós, inciso cuarto, del Código Procesal Civi192 y se sanciona con nulidad como dispone la misma norma93. 1...] Que dicho pronunciamiénto no tiene sustento en la aplicación del principio ”iura novit curia”, el que se contrae a la facultad que tiene el juez de mérito de aplicar a los hechos probados la norma legal pertinente, aun cuando no haya sido invocada o se invoque erróneamente, pero que no permite, como advierte claramente el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, ir más allá del petitorio”94.

Debe tenerse en cuenta que, según el art. 172 del (derogado) Reglamento General de los Registros Públicos (vigente en *ese* entonces), aprobado por la Corte Suprema mediante Oficio N° 1053-68 del 29.05.68, establecía que:

91 Alberto HINOSTROZA M1NGUE2, *op. cit.,* 33-34 92 El cual establece que las resoluciones contienen la expresión dan y precisa de lo que se decide

u ordena respecto de todos los puntos controvertidos’: 93 En el mismo sentido, la Casación 506-95, del 08.05.96 (en ASOCIACIÓN NO HAY DERE-

CHO, *op. cit.,* 66).

94 Sentencias en Casación, *El Peruano,* Separata del 21.01.99. 2516-2517.

Capítulo VIII.• Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

”Los asientos de inscripción pueden ser anulados por las causas generales de nulidad establecidas en la Ley y, además, por no reunir los requisitos esenciales establecidos en los Reglamentos o cuando están expresados con tal inexactitud que un tercero pueda ser inducido a error o perjudicado. El Poder Judicial es el único órgano del Estado capacitado para declarar la nulidad de una inscripción* (el subrayado es mío).

En la actualidad, el art. 99, del Reglamento General de los Registros Públicos, cuyo T.U.O. fue aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP/SN, del 18.05.12, regula la cancelación del asiento registra’, cuando se declara la nulidad del título en cuya virtud se haya extendido.

En un caso en el que se Invocó un defecto en la motivación *obiter dicta* o *ex abundatia,* que no trasciende al fallo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en Casación N° 2162-98/Loreto, de fecha 12.03.99, precisó que:

”el órgano jurisdiccional es por definición *un* conocedor del derecho y de su técnica y está, por tanto, obligado a conocer en cada caso la norma objetiva aplicable a la situación concreta que se le plantea, de donde se sigue que las partes no vinculan al juez de mérito en cuanto a las alegaciones que formulen sobre la existencia o interpretación de determinados preceptos y también que, por regla general, no están sujetas a la carga de la prueba de tal existencia o interpretación, pues es deber del juez examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles y, por consiguiente, la mejor doctrina establece que el juez puede, en la esfera del derecho puro, suplir a las partes, que es lo que se denomina el principio de liara novit curia’, recogido en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo ciento ochenta y cuatro, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También recogido en los aforismos ’da mihi factum, debo tibi ius’ y los abogados al hecho, los jueces al derecho’”95.

En una casación (N° 3215-98/Lima), del 21.01.99, se determinó que los arts. VII y VIII (que se refiere a la aplicación de los principios del derecho)

ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit., 70.*

del T.P. del c.c. no son susceptibles de análisis casatorio, por cuanto ”son de naturaleza procesal (principios procesales), no obstante encontrarse en el

Código Sustantivo”96. Acá nos encontramos frente a una penosa argumentación en la cual los vocales supremos, para sustraerse de la obligación de administrar justicia, ”convierten” normas de derecho material en normas de derecho procesal.

A continuación, se desarrollarán los principios básicos de algunas de las escuelas que han enfrentado el problema de los métodos de interpretación y se verá cómo estos se han reflejado en las decisiones de los jueces y otros operadores jurídicos.

96 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, op. *cit.,* 72. En este mismo sentido, respecto *del* articulo

del T.P. del cc., casación 317-99/Cajamarca, del 18.02.99 (cit., 73), y casación N° 969-99/ Cañete, del 04.06.99 (cit., 75).

Captado VII: *Sobre la Interpretación y el espejismo de la claridad*

’omar al magistrado a recurrir al legislador seria admitir el más funesto de los principios; seria poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos; pues cuando Interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción por prevaricación, que el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie”.

Jean Etienne-Marie PORTALLS, *Discurso preliminar del Código Civil francés.*

1. Necesaria aclaración

Cuando se habla de la escuela de la exégesis, inmediatamente se nos viene a la mente un criterio interpretativo que busca la intención del legislador y, para llegar a ello, se recurre (inicialmente) a una aproximación gramatical del texto a interpretarse, posteriormente, a los trabajos preparatorios y, por último, al denominado elemento lógico, con el cual se cometieron notorios excesos.

Son clásicas y recurrentes, al referirse a esta escuela, lapidarias afirmaciones, tales como los jueces son la boca que pronuncia la ley; seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella” (Montes-

97 Se afirma que ”el elemento lógico recurría a la analogía, al argumento a contrario y al argumento

a fortiori (quien puede lo más, puede lo menos), a la inducción y a la deducción. tratando de buscar principios generales aplicables a los casos que no estaban resueltos expresamente dentro de la ley^ (Julio César RIVERA, *Instituciones de Derecho Ci✓1L* Parte General, tomo I, M’electoPerrot. Buenos Aires, 1992, 169).

a

Ir

quieu98), ”yo no conozco el Derecho Civil y no enseño más que el Código de Napoleón” (Bugnet), ”mi divisa, mi profesión de fe, es esta: los textos sobre todo” (Demolombe), ”los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho” (Laurent”); entre otras.

Autorizada doctrina española” ha sistematizado las notas distintivas *de* esta escuela:

a)

El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley. La interpretación está dirigida a buscar la intención del legislador. Una vez descubierta esta intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de la cual sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo. Se niega el valor a la costumbre jurídica. Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, y eso se reflejó en respeto a las obras de los antecesores. Se atribuye al Derecho un carácter estatal.

Con respecto a la interpretación gramatical (punto de partida de la escuela de la exégesis para llegar a la *mens legis),* que derivó en *gramaticalismo,* entendido como ”exceso de la valorización gramatical”, se señalaron tres (objetables) principios’:

”a) Toda palabra tiene un valor exacto; nada hay ocioso en la ley; nada

sobra: *verbis legis tenaciter inhaerendum. Verba cum effectu sunt accipienda.* b) Toda omisión es intencionada: *ubi voluit dixtubi non voluit non*

Citado por Daniel CROVI, *Interpretación de la* en *Derecho Civil* Parte General. *Temas, II,* dirigido Julio César RIVERA, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, 138.

Citados por Antonio HERNÁNDEZ-GIL, *Metodología del Derecho, ordenación crítica de las* prin-

apeles direcciones metodol4giras, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, 57. 100 Antonio HERNÁNDEZ-Gil, *op. cit.,* 57-58. 101

Joaquín DUALDE, *Una Revolución en* la *Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del*

Derecho privado), Bosch, Barcelona, 1933, 48.

474

Captado VIII: Sobre la triteeprelación y el espejismo de la claridad

c) Siendo claro el tenor gramatical de la ley, no se debe avanzar más

en la interpretación. La claridad verbal excluye cualquiera otra versión discorde con ella. *In claras non fit interpretado. In claris non admitur voluntatis quaestio"".* En efecto, estos tres principios no resisten al análisis, por cuanto: "desde las primeras teorizaciones modernas de la interpretación, es usual decir que la interpretación gramatical no es 'suficiente: Ello es absolutamente cierto en el sentido que, como los vocablos abstractos del enunciado completo no tienen un 'significado definido (y, por ello, la interpretación literal' no es suficiente), también las conexiones sintácticas y gramaticales entre los vocablos no bastan para determinar el significado completo del enunciado. Por otro lado, aunque no sea suficiente en este sentido, la apreciación de las conexiones sintácticas entre los vocablos —es decir, la denominada interpretación gramatical— es un momento o una fase necesaria del proceso de atribución signis a los enunciados legislativos de un cado>nos

Volviendo a la cita inicial de este trabajo, uno de los autores del *Code, en* su "Discurso preliminar; harto de los excesos de los jueces que paralizaban la administración de justicia, para reenviar a los justiciables "mediante *référes,* al poder legislativo, cada vez que carecían de leyes o que la ley existente les parecía obscura"", distinguió la interpretación doctrinal' de la interpretación auténtica", afirmando que solo esta última es un modo de interpretar "que está prohibido al juez"107 y llegó a decir qua "hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en

103 104

105

106

Joaquín DUALDE, *op.* cit. Giovanni TAREILO, *op. cit.,* 118. Jean Etienne-Mark PORTALIS, *Discurso del Pmyecto del Lgo Ovil Francés* traducido por Manuel de RIVACORA Y RIVACOBA, EDEVAL, ValparaLso, 1978, 42. El titulo original de la obra *es Discours preiminaire sur le projet dePode civil présentéle* 1 *Phrviare an IX par la Gm,missimt =mude par le Gvuvernment consulaire* (París, 1800. En el derecho español medieval, según disponían las leyes de Partida, si los Jueces encontraban dudoso el derecho, se dirigían al Rey, todo to fecho é la duhda en que son' Maria MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al*

Ovil español, tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, 191).

Esta ”consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas” (Jean Etienne- Marie PORTALIS, *op. ciL,* 43).

Que «consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales” (Jean Etlenne-Marie PORTALIS, *op.* cit.). Jean Etirnue-Marle PORTALIS, *op. cit.*

cada materia, los principios más favorables al bien común: la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata; y no exponerse a ser una y otra vez esclavo y rebelde, desobedeciéndola por espíritu de servidumbre".

Dentro de esta línea de pensamiento, se expresa que: "sin duda, sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión o una máxima admitida, hacen las veces de la ley. Y, cuando no se trata con nada establecido o conocido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios del Derecho natural, pues, si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombresl®.

Es aquí donde, a mi entender, el exégeta, al (pretender) interpretar la *mens legis,* ha traicionado al propio legislador, por cuanto, si el *Code fue* diseñado bajo la convicción de que el juez podía utilizar la interpretación doctrinal y que se podía aplicar (frente a la insuficiencia del dato legislativo) la costumbre, la-jurisprudencia e, incluso, el derecho natural, resulta sumamente dificil comprender por qué la labor interpretativa se limitó (solo) a recurrir a la ley.

En efecto, cuando una norma legal no era lo suficientemente clara, se recurría a la "voluntad histórica del redactor'', y eso, en la mayoría de los casos, era una suerte de "hacer hablar a los muertos'''. No obstante ello, cuando (evidentemente) no existía dato legislativo alguno para regular un supuesto de hecho determinado, se iecurría a la ficción de la «voluntad presunta del legislador'', que no era más que la aplicación de la analogía (disfrazada de *sesión espiritista).*

108 Jean Etknne-Mane PORTAI1S, *op. cit.,* 45. 109 Jean Etienne-Mane PORTAOS, *op. cit.,* 38. 110 Julio César RIVERA, op. *cit.,* 139. 111 Julio César RIVERA, *op. cit.* 112 Julio César RIVERA, *op. cit.*

Capítulo. VIII.• Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

El *intérprete médium,* so pretexto de seguir la voluntad del legislador, ocultaba *su propia* interpretación, que, debido a la ideología imperante (de una marcada separación de poderes), no se podía aislar de la *literalidad* del dispositivo legal, caso contrario, el juez se convertiría en un invasor del terreno del legislador con la consiguiente sanción. Ello, lamentablemente, también ocurre en poderes judiciales que no son autónomos y que sufren interferencias, sea del poder ejecutivo o del legislativo.

Como una reacción contra las ideas, ya en decadencia, de la escuela de la exégesis, se elabora una doctrina sobre la interpretación de la ley que ha tenido gran predicamento dentro de la mayoría de los juristas latinos'». En efecto, se sostiene que, por más penetrante y sutil que pueda ser la labor interpretativa, ella no es suficiente para satisfacer todas las *desiderata* (aspiraciones) de la vida jurídica'. La *libre recherche scientifique* se alza como "un esfuerzo científico, una suerte de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su oficio, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todo el movimiento de la vida jurídica "s. Dentro de esta línea de pensamiento, ocupa un rol importante la equidad, "rama separada del gran árbol de la justicia"116, que representa dos nociones distintas, a saber, una suerte de instinto, en el cual se apela a la *raison raisonnate,* o una adaptación de los hechos al ideal de justicia en atención a las circunstancias concretas'''. La equidad se considera como un ekmento de la libre investigación que se ubica dentro de la razón y la conciencia.

Si los principios de justicia, inmanentes a la naturaleza moral de los humanos, que se revelan por la razón o la conciencia, constituyen la primera base, indispensable y firme, de toda investigación científica, dentro de la esfera del derecho positivo", son insuficientes y se puede recurrir a la analogía, considerada como un elemento positivo de la libre investigación y un medio de investigación. *Para* esta teoría, la fuerza de la analogía reposa en un

113 Daniel CROVI, *op. cit.,* 143. 114 Frangois GENY, *Methode d'interpretar-ion et sources en droit privé positifilAirairie* Maresq Ainé

A. Chevaller-Maresq & Cte. EdIteun. Park. 1899. 457.

115 Frangois GEN?. *op. dt,* 470. 116 Frangols GENY, *op. ciL.487.*
117 Frangols GENY, *op. cit.,* 488. 118 Frangois GENY, *op.* 491.

instinto profundo de la naturaleza humana, consistente en una aplicación de un elemento sociológico, que completa la naturaleza lógica de las reglas del derecho formal''. La analogía obedece a una exigencia de Igualdad jurídica, en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas sanciones jurídicas'. Dentro de este contexto, el intérprete *debe* tener en cuenta la ocasión histórica *de la* ley *(occasio legis), así* como los motivos de orden moral, social, económico, dirigidos a satisfacer la justicia concreta o la utilidad general, que inspiraron la regla que sirve de tipo y de modelo *(ratio legis)I21.* Si bien es cierto que la analogía no es suficiente para colmar todas las lagunas de las fuentes formales, esta debe figurar dentro del primer rango de los procedimientos de la libre investigación científica'.

Dentro de la libre investigación científica, también juegan un rol importante los denominados "elementos positivos de la organización sociar", dentro de los cuales se encuentra, en primer rango, la sociología', la filosofía generalns, *la ética'26, la* historia'', entre otros.

Se aplica la libre investigación científica estudiando el principio de la autonomía de la voluntad *(rectius:* autonomía privada), armonizándolo con el principio de equilibrio de los intereses presentesn8 y el principio del orden público o de interés superior. Resulta sumamente interesante la opinión que se da respecto del artículo 1382 del *Code* que regula el principio general de la responsabilidad civil: "yo diría, de acuerdo a mi opinión, el sistema se presentaría como más fácil a defender desde el punto de vista de un sano método, aunque más flexible en sus conclusiones, si se declarara fran-

119 Francois GENY, *op. cit.,* 496. 120 Francois GENY, *op. cit.* 121 Francois GENY, *op. cit.,* 497. 122 Francois GENY, *op. cit.,* 507. 123 Francois GENY, *op. cit.,* 512. 124 Francois GENY, *op.cit.* 125 Francois GENY, *op. cit.,* 513. 126 Francois GENY,op. *cit.,* 514. 127 Francois GENY, *op. cit.,* 515. 128 Francois *op. cit..* 539. 129 El cual establece que ''cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a los demás, obliga a

aquel por cuya culpa se ha producido, a resarcir el daño causado:

camente que el Código Civil habiendo previsto únicamente en los artículos 1382 y siguientes la responsabilidad por culpa. Estos textos no tienen nada que hacer en presencia de una pura *cuestión de riesgos.* Se trata aquí de saber cómo distribuir un daño fortuito entre dos o más personas, a las cuales las circunstancias se lo imponen, y que, mientras que la ley permanece muda al respecto, el intérprete tiene el deber de resolver la cuestión de acuerdo a las exigencias de la justicia y de la utilidad social. En cuanto a las exigencias de justicia y de utilidad social, las podelmos obtener únicamente de una auscultación atenta a la moral dominante en nuestra concepción actual de las relaciones entre los hombres y de un examen de las condiciones sociales y económicas que permitan evaluar los intereses en juego según el estado de nuestra civilización contemporánea".

En suma, ya dende 1899, se notaba la insuficiencia de la responsabilidad civil basada en la culpa, evitando hacer asumir los costos de los daños a las víctima proponiéndose, para tal efecto, ver más allá de la literalidad del artículo 1382 del *Code* en aras de "la justicia y la utilidad social". Creo que esta observación es totalmente vigente si tenemos en cuenta que, incluso hoy en día, hay quienes sostienen la primacía de la culpa en la responsabilidad civil'''.

En la actualidad, cuando se habla de *exégesis,* se debe entender una serie de acepciones. Una de ellas la entiende como *escuela* (que ya he desarrollado y criticado) y otra la comprende como un *método* (que no sigue, necesariamente, los lineamientos de la escuela tradicional). Al menos, en la cultura jurídica nacional, se entiende por *comentario exegético* aquel que se centra en

130 Francois GENY, *op. cit.,* 547-548. 131 Sobre el partícula; permítaseme remitir a Juan ESPINOZA ESPENOZA, *El rol actual de la culpa y*

el riesgo en la responsabilidad civil: ¿entre Escila y Caribdis?, en Temas de Derecho, en Homenaje &Tasé León tomo II, Fondo Editorial del Congreso del Perú, lima, 2000.En dicho artículo sostengo que, "con el principio de la responsabilidad objetiva, se busca al *responsable (sujeto* que no coincide, necesariamente, con el *autor* del daño). Con ello, no estoy declarando ni el ni el ocaso, ni (mucho menos) la muerte la culpa. Simplemente, me alineo a la posición de quien ha sostenido que, dentro del arsenal (sea legislativo, jurisprudencial o doctrinario) que el operador jurídico utiliza, este (inicialmente) 'echa maná a los modelos jurídicos basados en la responsabilidad objetiva y, en un segundo momento, recurre al modelo jurídico diseñado en función de la

responsabilidad subjetiva. No hay primacía de un tipo de responsabilidad sobre otro ni relación *regia general-excepción,* sino la aplicación del modelo jurídico (cada uno con *sus* propios principios y características) adecuado al caso concreto. Dentro de este orden de ideas, resulta totalmente pertinente la afirmación de que ’en todos los campos de la actividad teórica y práctica es sabio consejo abstenerse de la Idolatría” (cit., 518).

la investigación y desarrollo (individualizado) de cada uno de los artículos de un texto legal. Este tipo de *abordaje* del conocimiento jurídico se enfrenta con la investigación *institucional,* que desarrolla conceptos, supuestos de hecho o instituciones jurídicas a través de su naturaleza, características, diferencias con otras figuras afines, entre otros aspectos (independientemente de un orden *topográfico* de los dispositivos legales que los regulan). En el método exegético actual *(heterodoxo),* no se pretende buscar (solo) la intención del legislador sino aplicar pormenorizadamente el dato legislativo.

A continuación se va a comentar la resolución de unos vocales de Segunda Instancia que, si bien es cierto no puede ser utilizada como un ejemplo de una interpretación exegética *strictu sensu,* por cuanto no indaga por la voluntad del legislador, sí es emblemática de una (restrictiva) interpretación literal (que no se quiere apartar del tenor de un dispositivo legal):

Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de *La* Libertad Resolución 3 (Trujillo, 06.05.98) Expediente 97-3009 Representación procesal-representación voluntaria de la persona jurídica en materia societaria-nulidad insubsanable por incumplimiento de formalidad Si bien es cierto que el artículo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades, y de modo similar el artículo catorce de la nueva Ley número veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, establecen, como forma de otorgamiento de poderes que se extienda el acta donde conste el acuerdo respectivo y la copia certificada de la misma basta para su inscripción en el registro, también es cierto que estas normas societarias no se refieren ni regulan el otorgamiento *de* poderes procesales y, por tanto, no están comprendidas dentro de la salvedad o excepción que establece el citado artículo setenta y dos del Código Procesal sobre la formalidad del poder para litigar, prevaleciendo esta norma por ser especial. Al admitirse a trámite la demanda, pese a faltarle el anexo relativo al poder, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo ciento veintidós, segunda parte, de este mismo Código por no apoyarse en el mérito del proceso ni en el derecho.

En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el articulo ciento setenta y seis, *In fine,* del Código Procesal Civil por tratarse de una nulidad Insubsanable.

2. El caso

Un funcionario del área legal de una institución financien interpone, en representación de dicha entidad, una demanda de ejecución de garantías en contra de un cliente que no ha cumplido con *sus* obligaciones. Para acreditar su calidad de representante, anexa a su demanda copia certificada del acta de la sesión del directorio que lo nombra como apoderado y representante judicial. Con resolución N. 1, del 05.09.97, se admite la demanda. La parte demandada interpone recurso de apelación y la Segunda Sala en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara nulo todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda inclusive, entendiendo como insubsanable el hecho de que no se haya cumplido lo establecido por el art 72 c.p.c., vale decir, que el poder no ha sido acreditado ni por escritura pública ni por acta ante el juez del proceso, entendiendo que la normatividad de la Ley General de Sociedades no puede entenderse como ”disposición legal diferente” de dicho dispositivo legal.

3. Las cuestiones 3.1. Sobre la formalidad en el otorgamiento de los poderes

En una feliz metáfora, surgida de la raíz etimológica de la palabra *persona,* se explica que la representación es una suerte de *máscara* del representado’32 que se pone el representante para celebrar ciertos actos jurídicos, cuya eficacia recae (en línea de principio) en la esfera jurídica del representado. La representación es un acto jurídico unilateral y recepticio: unilateral porque ”queda perfeccionado y da origen a la relación representativa 1…] con la sola manifestación de voluntad de quien quiere ser representado”’33 y recepticio porque se dirige ”a persona determinada”’. Sin embargo, si bien

132 Manuel ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil,* Parte General, tomo I, Cooperadora de Derecho y

Ciencias Sociales, Buenos Aires. 1974, 261.. 133 Fernando VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico, 4’* edición. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, 195. 134 Fernando VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.,* 72.

es cierto que la validez del otorgamiento del poder depende de la voluntad (manifestada) del representado, la eficacia de la relación jurídica representativa depende de la aceptación (expresa o tácita) que haga el representante del encargo del representado.

La representación, en tanto ”actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen (normalmente) en el representado”135, es regulada por una serie de cuerpos legales tales como el Código Civil, la Ley General de Sociedades, el Código Procesal Civil, entre otros. Cada uno de estos textos, establece una formalidadu6 distinta para la validez (o para acreditar la existencia) de este acto jurídico.

En el Código Civil rige el Principio de la ”absoluta libertad de formalidadeen” (artículo 143). Sin embargo, el art. 156 cc. establece un régimen de excepción1;8. Para el caso de las personas jurídicas, la segunda parte del art 2028 c.c. prescribe que:

”No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción, basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo”.

La Ley General de Sociedades, Ley N’ 26887, en su art. 14, regula que:

”El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante *de* la sociedad, así como el otorgamiento de poderes por

135 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio Jurídico,* edición, Grilley, Lima, 1554, 163.

136 Se distingue *la* forma de la formalidad, ya que la primera es un ”vehículo a la exteriorización de

la voluntad” y la segunda se entiende como el conjunto de ’particulares exigencias adicionales a la exteriorización normal de la voluntad’ o, dicho en otras palabras, «toda voluntad con existenda jurídica requiere una estructura que la evidencie. Pero esa estructura no siempre debe tener ritos especiales’. (Guillermo LOHMANN LÚCA DE TEMA, *op. cit.,* 132-133).

137 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *op. cit.,* 192. 138 El cual establece que, ’para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se

requiere que el encargo conste en forma indubitable y por Ira públira. bajo sanción de nulidad’ (el subrayado es rato).

esta, surten efecto desde su aceptación apresa o desde que las referida personas desempeñan la (unción o ejercen tales poderes. Estos actos o cualquier otra revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben Inscribirse dejando constancia del nombre y documento de Identidad del designado o del representante según el caso.

Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional pan el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar. El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto".

En materia de representación procesal, el art. 72 c.p.c, establece que

"El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente. Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos".

Una sana preocupación del juez radica en el hecho de que la debida representación de las partes en el proceso se relaciona con la llamada personería adjetiva o *legitimatio ad procesan: y* su defecto configura la acepción previa'''. Sin embargo, "en ocasiones, al leer en los repertorios de jurisprudencia ciertas decisiones, se resiste uno a comprender cómo ciertas cuestiones hayan podido ser suscitadas. Pero se explica si se piensa que aun la tesis más descabellada puede servir, a un abogado sin escrúpulos, para ganar tiempo":1" esto se hace más grave en casos en los que, como el que es materia de este comentario, el juez se convierte en cómplice de ello.

139 Herrando DEV1S ECHANDIA, *Teoría general del proceso,* tomo II, Editorial Universidad, Bue-

nos Aires, 1985.433. 140 Piero CALAMANDREL *Estudios sobre el proceso* civil traducido por Santiago SENTIS ME-

LENDO, EJEA, Buenos Aires. 1986, 279. El autor obsena con razón, que

’una vez iniciado

Al leer esta resolución, uno no puede quedar más que sorprendido por lo opinable de la decisión y por la carencia de argumentos de la misma. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿por qué lo establecido en la Ley General de Sociedades no puede ser entendido como una «disposición legal diferente" a la cual se refiere el art. 72 c.p.c., a efectos del cumplimiento de la formalidad tendiente a acreditar la representación procesal? Tratando de adivinar el (misterioso) iter argumentativo que ha pasado por la mente de los vocales que han emitido tal decisión, podría presumirse que se ha entendido que la representación procesal *es* distinta *de* la representación societaria (como civil) y, por lo tanto, requiere una formalidad diversa.

Si ello es así, creo pertinente recordar que "el acto pron....al es una especie del género acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana se refiere directa o indirectamente al proceso"'. Dentro de este orden de ideas, la representación procesal al igual que la representación societaria (en tanto tipos especiales de representación), forman parte de un núcleo común, cuya *sedes materiae* está en el Código CiviL Si bien es cierto que se ha evidenciado que la representación procesal acusa un "rigorismo formal [que] es desconocido en el Derecho Civil y está en conformidad con las exigencias del proceso'', también se ha señalado que "el negocio jurídico mediante el cual se confiere la representación es un acto coordinado al proceso, si bien meramente preparatorio, y está sometido, por consiguiente, a las normas del Derecho Civil solo en lo que la ley pronnal no prevea y su naturaleza lo consienta""3

Otro criterio que (presumiblemente) pudieron haber manejado los vocales es que existe una formalidad para la inscripción registra! de los poderes

proceso, el abuso clásico o tradicional que una u otra parte intentará (y hasta incluso ambas partes, puestas *de* acuerdo) seta el de darle largas *Duro pende: rendet* [mientras pende, rinde] es viejo reproche dirigido a los abogados; el aplazamiento es, en la opinión común, el arma predilecta del litigio; y el vocabulario judicial está lleno, desde la antigüedad, de palabras que recorren todos los matices de esta enfermedad endéMica de los juicios: tergiversar, cansar, Molestar, hartar, retardar, remitir, aplazar, diferir... Habría que hacer un interesante estudio lingüístico sobre esta cosecha de sinónimos, que han crecido en el terreno fértil de la litiglosidad" (cit., *274-275).*

141 Eduardo COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Depalma, Buenos Aires, 1981,

201. El autor define al acto procesal como ”el acto juriclico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales” *(cit.).*

142 Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones del Derecho Procesal Civil* E traducido por Emilio GÓ-

MEZ ORBANEJA, Cárdenas Editor y Distribuidor, México D.E 1989, 33es 143 Giuseppe CHIOVENDA, *op. cit.*

y otra formalidad (distinta) para acreditar los poderes procesales (valga la redundancia) en un proceso. Esta distinción tampoco resiste al análisis, por cuanto, en el caso que comento, nos encontramos *frente* a un acto jurídico (válido) en el cual se ha cumplido una formalidad establecida por ley. Ello nos llevaría a la infeliz conclusión de que un mismo acto (válido y legalmente formalizado) tendría una eficacia relativa, es decir, sí podría ser inscrito y no ser admitido en un proceso o, dicho en otras palabras, admitido por un registrador y rechazado por un juez. No debemos olvidar que tanto uno como otro operador jurídico deben calificar la legalidad, sea de los documentos que se presentan o de las pretensiones de los interesados, siendo conscientes de la eficiencia social de sus decisiones.

Por ello, resulta totalmente pertinente citar que: ”con la solución de conflictos por parte del Estado, muchas veces, en lugar de que los actores del sistema legal asuman sus funciones de servidores —pero, atención, no de burócratas— a las órdenes de la sociedad, se ha creado una espesa retórica en que la simbología religiosa, docente, martirológica, ritual, protocolar y solemne no permite percibir tanto los excelentes seres humanos que cumplen a conciencia y ejemplarmente su tarea, como el número de funcionarios rutinarios, sin vocación de servicio, sin voluntad de satisfacer una necesidad pública, que se refugian en la más pedestre, inimaginativa y tímida relación con los textos legales, olvidándose que el único objeto de las leyes es servir y proteger al ser humanó’ (el subrayado es mío).

En pocas palabras, el juez (o el registrador) no debe olvidarse que es un servidor público ni tampoco que no debe ser un gris burócrata que no ve más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

Si la representación civil, societaria o procesal tienen la misma naturaleza, si la exigencia de una doble formalidad es absurda y si la última parte del art. n c.p.c. alude a la disposición legal diferente; vuelvo a preguntar: ¿por qué no se contempló como tal lo dispuesto por la ley general de sociedades? ¿No hubo un acto válido de otorgamiento de poder? ¿No se cumplió una formalidad prevista por la ley? ¿Qué es lo que debería calificar un juez probo y diligente?

Esta decisión no es justa (ni razonIable) si se tiene en cuenta lo regulado por el artículo W (último párrafo) y el artículo V (tercer párrafo) del Título

en la administración de justicia, en Thémis, segunda época, N° 33. 1996, 226.

485

Juan Espinoza Espinoza *Introducción al Derecho* privado

Preliminar del Código Procesal Civil, que establecen que ”el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria; así como que ”el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran”.

En materia de nulidades de los actos procesales, el último párrafo del art. 171 c.p.c. es bastante claro al expresar que, ”cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si, habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito””5. El propósito de la representación procesal es otorgar poderes al representante para que actúe (dentro del proceso) en nombre del representado y, en el caso que lleva a comentario, se cumplió con una formalidad establecida por ley. Si bien es cierto que el art. 72 c.p.c usa el adverbio *solo,* es (como mínimo) miope no ver más allá (de lo que se puede ver): no hay sanción de nulidad; se cumplió el propósito del acto; y (además) este mismo dispositivo establece como formalidades excepcionales las que se encuentren en ”disposición legal diferente” (en este caso, la Ley General de Sociedades). Recurrir a los arts. 122 y 176 c.p.c. como fundamentos de derecho de la decisión resulta poco feliz y lamentable.

3.2. La representación voluntaria de la persona jurídica frente a la teoría del órgano

El órgano es la unidad funcional a través de la cual la persona jurídica ejerce sus derechos y cumple sus deberes y obligaciones.

La figura del órgano aparece a finales del siglo antepasado en el derecho público alemán”6. Para tener una idea del atormentado recorrido de su noción en la doctrina (que pasó al derecho privado), resulta oportuno citar que ”la historia del concepto de órgano, de sus desviaciones y, digámoslo, de sus

145 Frente a ello, hubiera sido totalmente pertinente, al amparo del art.

172 c.p.c., segundo párrafo,

convalidar dicho poder. 146 Massimo Severo GIANNI/41, *Oigan; (teoria generale), en Encidopesla del diritto,)20a,*

Milano 1981, 37, Quien afirma *que* los autores alemanes coinciden en que Otto von GIERICE es el que, por primera vez, introdujo la noción de órgano (en *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung,1887)* y que Hugo PREUSS es quien, por primera vez, habría presentado un desarrollo teórico sistemático sobre el tema (en *Stellvertretung oder Organschaft?, 1902).*

aberraciones, puede servir para demostrar con cuanta fatiga y con cuanta lentitud una categoría jurídica llega a su límpida y exacta definición"'. Partiendo de la premisa de que toda organización de personas implica, ineluctablemente, una distribución de funciones, podremos llegar a tener una idea del concepto de órgano, que no es unívoco.

Una persona Jurídica, como cualquier organización de personas, puede ser vista de dos maneras: la primera, *estática,* como estructura organizada, y la *segunda, dinámica,* vale decir, como unidad funcional. La distribución de funciones implica su individualización. Estas tienen que ser realizadas por personas que estén *encargadas* para ello. El *oficio* (en el sentido de encargo, empleo, competencia o incumbencia) también puede ser percibido en una manera (lnal• o en un sentido técnico-administrativo *(oficio-organización) o en* un sentido jurídico *(oficio-función).* El primer tipo de oficio es lo que se conoce como *dependencia* (o también *oficina) y* el segundo es el *cargo* propiamente dichous.

El *oficio,* entendido en sentido funcional, "es el titular de una de las fimciones de la organización""9. El *oficio,* en sentido jurídico: "es un elemento organizativo del ente, pero jurídicamente conformado. En su conformación, es idéntiai al oficio en sentido funcional: es tributario de una función definida, compuesto de prestaciones de personas y de cosas. La diferencia entre oficio en sentido jurídico y oficio funcional está en que en el primero, el contenido que lo conforma, es objeto de una disposición jurídica: la función está definida por el mandato jurídico, el cual dispone acerca de las prestaciones de personas y de cosas, esto *es, en* términos jurídicos más precisos, acerca de los servicios personales y reales al oficio""°.

La función, en tanto asignada al oficio, tiene relevancia jurídica, tanto en el ámbito de las relaciones internas (entre los oficios de la persona jurídica) como en el ámbito de las relaciones externas (entre la persona jurídica y

147 Santi ROMANO, *Organo, en Frammenti di un dizionario giuridico, Milano,* 1063,166, citado por

Massimo Severo GIANNINI, *op. cit.,* 39.

148 Massimo Severo GIANNINI, *op. cit.,* 41. 149 Massimo Severo GIANNINI, op. *cit.* 150 Massimo Severo GIANNINI, *op. cit.,* 42. El autor afirma que -mientras el oficio en sentido fun-

cional se refiere a la categoría de la eficiencia, organizativa y, por consiguiente, de la acción, que no es en sí categoría jurídica, el oficio en sentido jurídico es un instrumento que muestra la función tal como ha sido definida jurídicamente" *(cit.,* 44).

y

Juan Espinoza Espinoza I *Introducción al Derecho privado* otros sujetos). En las relaciones internas, define la competencia de los encargados del oficio y determina la responsabilidad interna de los titulares y los encargados del oficio, frente al ente".

El oficio, en sentido jurídico, no es un instrumento para los efectos de la imputación, o sea, para los efectos de ser sujeto de derecho. El concepto de oficio es neutro respecto de las imputaciones, en el sentido que sirve solo para explicar la distribución de las funciones en la organización del ente. Por ello, se afirma que "instrumento para los efectos de la imputación es el órgano y son órganos solo aquellos oficios que las normas indican como idóneas para operar la imputación jurídica al ente. Esta, y no otra, es la distinción entre oficios (en sentido jurídico) y órganos"'.

La función del órgano es la de "simplificación de estructuras a los efectos de la certeza de las relaciones y de la más segura tutela de las situaciones jurídicas de los sujetos involucrados por las actividades de las personas jurídicas» 53.

Sobre la base de estos modelos dogmáticos diseñados por tan autorizada doctrina, en un escenario práctico, si una persona contrata, por ejemplo, con el gerente de una sociedad, si bien *es* cierto que *antológicamente* está interactuando con una persona natural, desde un plano *jurídico, lo* está haciendo con la propia persona jurídica a través de su órgano.

En virtud de esta teoría, se produce una suerte de "ensimismación"' o **"identidad subjetiva"155 del agente (órgano) en la persona jurídica, en la cual la toluntadjla acción del primero son la voluntad y aczión déla** segunda1%.

151 Massimo Severo GIANNDE, *oír. dr..* 45.

152 Massimo Severo GIANNI/II, *op. cit.,* 46 el cual agrega que «el concepto de órgano hace superable

la concepción misma dela persona jurídica como sujeto privado de capacidad de ejercicio« 46). En contra, Angelo FAI2EA, quien afirma que las personas jurídicas (...) no tienen capacidad de ejercicio, sino que poseen capacidad de imputación jurídica de supuestos de hecho" (en voz *Capacita (teoría genercde), en Enciclopedia del &rato,* VI, Giutfré, Milano, 1560, 34).

153 Massimo Severo GIANNINI, *op.* 47. 154 Así, Gianfranco BRONZETTI, *Casi tiple(di responsabilitd oda Pubblica Amministrazione,* CE-

DAN!, PAdova, 1997, 6•

155 Según Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilitá oggettiva,Giuffré,1961,* 64, siguiendo a AL-

TAVILLA.

156 Gianfranco BRONZEITI, *op. cit.,* para quien esta concepción ”aún con obvias reservas, per-

manece siempre como la más aceptable sobre el plano estrictamente jurídico y es la que más corresponde a la realidad en el plano operativo«

Conceptualmente, el órgano no debe ser confundido con la representación. Hay quien afirma, siguiendo a un sector de la doctrina italiana, que ”la genuina representación supone dos esferas jurídicas (la del representante y la del representado), de modo que uno es sujeto de actuación y otro de imputación”. Sin embargo, se advierte, tanto en el ámbito de la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica como en el de la responsabilidad de la representación de las personas jurídicas, que no existen diferencias entre órgano y representación158. Es por ello que se afirma que, en el caso de las personas jurídicas, ”nos encontramos con un *sui generis* fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de elle’, reservándose la denominación de ”representación orgánica” para el ejercicio de las funciones del órgano y la de ”representación voluntaria” cuando la misma persona jurídica (a través de sus órganos) otorga poderes, a una tercera persona, para algún acto determinado’.

En el caso que se está comentando, nos encontramos frente a una representación voluntaria de la persona jurídica en la cual, volviendo a la metáfora de la máscara, el representante, al actuar poniéndose la máscara del representado, hará que la actuación repercuta en la esfera jurídica del representado, en los actos que han sido predeterminados por este. El ritual (diferente) con el que se otorgó la máscara no puede ser motivo justificante para invalidar dicha actuación, máxime cuando el libreto lo permitía. La última parte del art. 14 de la Ley General de Sociedades establece que el solo mérito del nombramiento del gerente general o de los administradores de la sociedad les permite ”gozar de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia». Ello evidencia que no hay un compartimento estanco que separe la representación voluntaria societaria de la representación voluntaria procesal y que se debe ser flexible en lo referente a la calificación legal de la formalidad del otorgamiento del

157 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *op. cit.,* 167, quien afirma, no obstante, que ’así pre-

sentado el problema, bien podría ser admitida la falta de propiedad terminológica cuando se denomina representantes a las personas fisicas que actúan en nombre y por cuenta de una persona jurídica. Visto, sin embargo, desde el lado práctico, las tan acusadas diferencias comienzan a desvanecerse y nos hacen pensar que, efectivamente, la actuación de las personas morales en el ámbito jurídico requiere de una especial forma de representación (cit.).

158 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.,* 168. 159 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *op. cit.* 160 Guillermo LOHMANN LUCA DE TEMA, *op. cit.*

poder en el caso de la representación procesal de una persona jurídica (que además está regulada en la Ley General de Sociedades).

3.3.E1 nuevo *tus corrigen&* de los vocales superiores (o su derecho **a** interpretar sus propias resoluciones)

Una vez que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad emitió la Resolución N° 3, del 06.05.98, materia de este comentario, el Expediente N° 3009-97 volvió a bajar al Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, que, con Resolución N°18, de118.05.98, actuando lo decidido por la Corte Superior, declaró inadmisible la demanda interpuesta, concediendo al banco demandante un plazo de tres días para subsanar la "deficiencia hecha notar, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y archivarse el expediente como corresponde". El banco demandante volvió a presentar la misma documentación (copia legalizada del acta de directorio de nombramiento de representante procesal), esta vez acreditando su inscripción registraL Ello generó que el juez, mediante Resolución N° 20, del 25.05.98, ordenase que el expediente se archive sobre la base de la siguiente argumentación:

"Que el acta de directorio que se adjunta, por el cual se acuerda el nombramiento de apoderados, es similar a la obrante de fojas tres a siete, en atención a que no se trata de escritura pública ni de acta ante el juez, conforme lo exige la Segunda Sala Civil en aplicación del artículo 72 del Código Procesal Civil, poi- lo que no se ha efectuado la subsanación requerida, por lo que, en efectividad del apercibimiento decretado y a tenor de lo previsto por el articulo 426, parte in-fine, del acotado Código, cabe rechazar la demand".

El banco demandante apeló la resolución y, para sorpresa de todos nosotros, la misma Segunda Sala Civil, mediante Resolución N° 28, del 18.08.98, anuló el auto apelado del Primer Juzgado Especializado de lo Civil, razonando lo siguiente:

"Que esta Sala, al declarar, mediante resolución copiada a fojas doscientos sesenta y nueve, la nulidad de todo lo actuado, lo ha hecho con el propósito de lograr que la entidad demandante subsane el defecto originario del acta de fojas tres, <u>én la que no figuraba constancia alguna de inscripción registraL</u> [...] Que lo que deja establecido esta Sala, en esta

causa y en otras similares, y que se aclara conceptualmente_en los términos de la presente resolución, es que las actas de Directorio que contengan otorgamiento de poderes caen dentro *de* la excepción prevista en el artículo setenta y dos, primer párrafo, in fine, del Código Procesal Civil, es decir, es una forma más de otorgamiento de poder, adicional al de la escritura pública y acta ante el iuez y para tener eficacia procesal deben estar registralmente inscritas,_conforme al articulo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades (articulo catorce de la nueva Ley, número veintiséis mil ochocientos ochentislete), que para estos efectos se *aplica* sistemáticamente con la anterior norma glosada" (el subrayado es mío).

Lejos de seguir las huellas del Profesor Robert Langdon, personaje de Dan Brown en sus famosas obras *Angels and Demons y The Da Vinci Code,* asumo que el nuevo (y esotérico) razonamiento de los vocales superiores puede ser decodificado de la siguiente manera:

a) En la Resolución N° 3 (del 06.05.098), establecieron que, tanto el

art. 17 de la anterior Ley General de Sociedades y el 14 de la actual Ley General de Sociedades "no están comprendidos dentro de la salvedad o excepción" que regula el art. 72 c.p.c. En la Resolución N°28 (del 18.08.98) dicen (que no dijeron esto -que si dijeron-, sino) que las actas (a las cuales se refieren los citados artículos de la Ley General de Sociedades) "caen dentro de la excepción prevista en el articulo setenta y dos". b) La novedad interpretativa que proponen los vocales superiores es

que, para que sean admitidos los poderes procesales, otorgados por acta de sesión de directorio, tienen que estar inscritos regístralmente. Dicho en otras palabras, lejos de solucionar los problemas, están exigiendo una formalidad (adicional) que no está contemplada en el art. 72 c.p.c.

No creo necesario repetir lo ya explicado en el punto anterior y solo me limito a precisar que la *ratio* del art. 72 del c.p.c. es que, para que surtan efectos los poderes procesales, no es necesario que estén inscritos. Si un operador jurídico razona (como en este caso) en sentido contrario, está dilatando (absurda e innecesariamente) un proceso, con lo cual eleva de una manera tremenda (y antieconómica) los costos de la administración de justicia.

Ir

Juan Espinoza Espinoza *I Introducción al Derecho privado*

3.4.Un proceso paralelo de obligación de dar suma de dinero

Paralelamente al proceso de ejecución de garantías entre ambas partes,

el banco interpuso otro de obligación de dar suma de dinero contra el mismo demandado. En primera instancia, el Tercer Juzgado Civil de Trujillo, con resolución N. 1, del 15.01.98, admitió la demanda. En segunda instancia, con resolución N. 13, del 01.07.98, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad anuló la sentencia del 28.05.98 que declaró infundada la contradicción interpuesta por el demandado y fundada la demanda, por los mismos absurdos argumentos que en el proceso de ejecución de garantías comentado anteriormente, vale repetir, que el art. 17 de la anterior Ley General de Sociedades y el art. 14 de la nueva, no están comprendidos en la excepción prevista por el art. 72 c.p.c., declarando insubsistente todo lo. actuado y pidiendo nuevamente al A *quo* "calificar debidamente la demanda. banco interpuso recurso de casación contra esta resolución, el cual fue declarado procedente con fecha 25.08.98. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 25.11.98, declaró fundado dicho recurso y anularon la resolución de vista y dispuso que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad expida nuevo fallo, pronunciándose sobre el fondo de la cuestión controvertida. Los argumentos del órgano supremo fueron los siguientes:

"Que, el precitado Artículo setentidós distingue *las clases* de poder atendiendo a la formalidad empleada estableciendo que solo pueden ser otorgados por Escritura Pública o por acta ante el Juez, salvo disposición legal diferente, no requiriéndose la inscripción registral para su eficacia personal.

(...1 Que, es evidente que la salvedad a que se hace referencia la norma procesal antes citada, deja abierta la posibilidad de la existencia de otras formalidades establecidas por la Ley para el otorgamiento del poder para litigar. [...] Que, el Artículo catorce de la Ley General de Sociedades vigente, que tiene su precedente normativo en el Artículo dieciocho (debió decir diecisiete) de la derogada Ley establece como única formalidad para el otorgamiento de poderes, que se extiendan en acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente, bastando copia certificada de la parte pertinente para su inscripción.

e

3

492

Que, la representación así como el otorgamiento de poderes en las sociedades para facilitar su desenvolvimiento en el mundo jurídico, no estableciendo la norma antes citada distingo ni precisión sobre sus clases, sino simplemente sobre su formalidad.

[...] Que, las facultades generales y especiales de representación judicial a que hacen (referencia) los Artículos setenticuatro y setenticinco del Código Procesal antes mencionado, cuando deban *ser* otorgados por las sociedades, *se* sujetan a la formalidad que establece su norrnatividad especial, pues así lo permite la salvedad que contiene el Artículo setentidós del Código Adjetivo Indicado. [...1 Que, en consecuencia, la Sala Civil al considerar que el Artículo catorce de la Ley General de Sociedades no se refiere ni regula el otorgamiento *de* poderes procesales, negando por tanto la validez al poder presentado por el apoderado de la demandante, ha interpretado erróneamente la indicada norma, pues este regula el otorgamiento de todos aquellos poderes que sean necesarios para el desarrollo de la sociedad en la esfera jurídica, incluso el poder de orden procesal, acreditándose de esta forma la violación de la norma invocada por la causal denunciada'.

Estoy plenamente de acuerdo con esta decisión. solo lamento que el miope formalismo de los vocales de segunda instancia haga que los procesos presenten tan elevados costos adrniniStrativos en materia de tiempo, dinero y, sobre todo, predictibilidad.

3.5.Post data: lo saludable que puede resultar asumir una posición

exegética frente a un inconsciente *revirement* de la escuela del derecho libre

La cultura jurídica nacional es heredera del mito, creado en la Europa continental bajo el influjo de las ideas de Montesquieu, de desconfianza del juez, teniendo como contrapartida la absoluta confianza *rousseauniana* en el legislador. Así, "mientras el sajón vivió con el mito del juez, el europeo continental vivió con el mito del legislador"161. Francesco Camelutti se encargó de advertir que el gran error de la Europa continental (y nuestro) es haber

161 Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Sobre el habeas dala y su tutela, en Derrcho,* Pontificia Universi-

dad Católica del Perú, No 61, Lima, diciembre de 1997. 56.

caído en el mito del legislador y haberse olvidado del juez, que es la figura central del proceso’’’.

El juez, en tanto artífice del derecho viviente, puede ser un protagonista decisivo en la creación de un sólido derecho jurisprudencia’ o, como en el caso que hemos visto, el gris burócrata que encuentra problemas a las soluciones. Sin embargo, el fundamento que *se* está usando nos recuerda a los jueces soñados por Kantorowicz, padre de la escuela del derecho libre, en la cual se queda a un juez que, despreciando el derecho estatal, pueda administrar justicia aun en contra de las leyes imperantes. Esta escuela solo ha sido justificada en contextos históricos determinados, como la Rusia bolchevique (que defendía los principios de lucha de *clases* y de dictadura del proletariado) ola Alemania nazista (que defendía los principios del nacional socialismo). Lo trágico es que algunos jueces peruanos administran justicia (aun en contra de la normatividad imperante), no porque obedecen a alguna corriente ideológica sino (presumiendo *turis tantum* su buena fe) por desconocimiento de los modelos jurídicos a aplicarse, así como de la carencia de una manera justa y razonable de interpretación de los mismos.

Dentro de este contexto (y esta es la gran paradoja), se prefiere, en línea de principio, a un juez que interpreta de manera exegética las normas (sin alejarse de su literalidad), que uno que no las interpreta adecuadamente y, volviendo a Camelutti, solo podremos admitir que el juez sea el protagonista del proceso cuando haya aprendido bien su papel.

162 Domingo GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*

Capitulo VIII: Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

”En cuanto al fin, estamos de acuerdo: queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y ha de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin, desean ellos un código, con el cual solo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio en una organización progresiva de la ciencia del derecho, la cual puede ser común a toda la nación”.

Friedrich VON SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación*

y la ciencia del Derecho.

1. Premisa

Así concluye Savigny en 1814 su texto, en el cual polemiza con Thilraut respecto de la procedencia (o no) de la promulgación de un Código Civil en Alemania. Sabemos cómo termina la historia: en 1900 se promulga el BGB y muchos códigos civiles, como el brasileño, asimilan sus modelos jurídicos. En efecto, los seguidores del derecho formalmente válido le dieron la razón a Thibaut y entendieron que con un código se lograba la unidad y la coherencia normativa en una sociedad, olvidando que la vocación de generalidad de las leyes choca con las costumbres jurídicas de grupos sociales culturalmente diferenciados. Los problemas que se originaron por esta contradicción constituyen el costo social que se asumió (y se sigue asumiendo), sobre todo en países como el nuestro, de tradición pluriculturaL

No es propósito de esta reflexión, que invito a hacer, darle la razón a Savigny o a Thibaut (o si se quiere, a la costumbre o a la ley) sino determinar si el costo social que se está asumiendo justifica la decisión de tener a la ley como principal fuente normativa y, para ello, me basaré en datos jurisprudenciales, en este caso penales, que serán los medidores de dicho costo.

Juan Espinoza Espinoza / *Introducción al Darán privado* **2.** El planteamiento de la escuela histórica del derecho

Como ha sido advertido por la doctrina, tanto la escuela de la como la histórica han sido el resultado contestatario de la escuela iusnattra.

lista. Sin embargo, mientras en la primera se guardaba un culto a la (traída

nada) intención del legislador, la escuela histórica acusa un ”romantidsayl

irracionar163. Así, el mismo Savigny expresa que, ”cuando una ciencia

la del Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de mucos]

siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacifica

goza la generación de que formamos parten”. Las notas características de esta escuela son las siguientes’65:

a) Empirismo, es decir, se basa en una apreciación de la experiencia

social. b) Causalidad y determinisnio, por cuanto los hechos presentes tie•

nen su causa en el pasado la interpretación presente tiene que *ser* el resultado de esa experiehcia pasada. c) Irracionalismo y relativismo, dado por su planteamiento espiritua-

lista del objeto del Derecho, que está en constante evolución.

Si en la escuela de la exégesis el juez era una suerte de médium de la voluntad del legislador, *en* la escuela histórica, el legislador (y también el juez) debían ser una suerte de fedatarios de la historia de su sociedad Es por ello que se sostenía que: ”la importancia exagerada que se concede a los puntos de vista nuevos hace olvidar el espíritu de organización que se complace en poner en su verdadero punto los antiguos materiales, cuya tarea tiene también su originalidad y es, para la ciencia, instrumento de progresos nuevos brillantes, pero no menos reales, y, como un gran desenvolvimiento de la fuerza creadora, es patrimonio de muy pocos. Este amor exclusivo de nave-

163 Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de Derecho,* Revista de

Derecho Privado, Madrid,

1945, 65. 164 Friedrich !Casi VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual,* traducido por Jacinto MERA

y Manuel POLEY, **2'** edición, tomo I, E Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, **41.** artífice de la escuela histórica reconoce esta única y sola necesidad para la ciencia: 'la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica *de sus* errores, la *confirmación de sus* verdades y una nueva toma *de* posesión, que en la medida de nuestras fuerzas nos haga un paso hacia el objeto definitiva Someter la época actual a la aplicación dr estospm-eliden= es el fin de mi obra (el subrayado es mío) *(cit.,* 42).

165 Antonio HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.,* **71.**

dad ha conducido a más de un autor a encerrarse en un estrecho círculo de ideas y doctrinas, impidiéndole esta preocupación la vista de la ciencia en su conjunto’’’.

Dicho en otras palabras: si se quiere tener un cabal conocimiento de la ciencia del Derecho, la experiencia del pasado insufla los conocimientos presentes.

En actitud sumamente critica, que se comparte, se afirma que ”la doctrina de la escuela histórica propuso a las magistraturas un rol servil frente al derecho del pasado, que asumía valor de derecho en sí (y contrapuesto a la ley)”167.

La contraposición entre ambos pareceres merece las siguientes reflexiones:

a) No se podría aplicar a las situaciones nuevas que se presentan en la

experiencia social. b) Si bien es cierto que los conceptos de determinadas instituciones

jurídicas, que tienen una trayectoria en el tiempo, llevan consigo una dosis de historicidad, el concepto que se tuvo de ellas en el pasado no coincide necesariamente con el actual. Basta darnos cuenta de la elasticidad del orden público y las buenas costumbres a través del tiempo.

La conclusión a la cual se debería llegar sería la siguiente: historicidad (al estilo de Savigny) sí, *ma non troppo.* En efecto, autorizada doctrina italiana sostiene que ”la interpretación histórica del jurista integra, según el canon de la totalidad y coherencia, la insuficiente exposición de los contemporáneos con el subsidio de la experiencia y del instrumental representativo (que es la dogmática) adquiridos y afinados en el estudio del derecho moderno’’, agregando que: ”el jurista de hoy no puede olvidar, frente a un derecho histórico, el instrumental de su cultura de jurista; por otra parte, la específica dogmática del derecho moderno (de la cual aquella cultura se

166 Friedrich VON SAVIGNV, *op.* 47. Sin embargo, con agudeza, se ha criticado esta posición,

por cuanto la herencia, aun siendo preciosa, no está constituida solo por un activo, sino también por un pasivo. Se hereda la verdad; mas se

hereda asimismo el error (Antonio HERNÁNDEZ GIL, *HL.* 83). 167 Giovanni TARELLO, *op.* cit., 58. 168 Emilio EETT1, *op. cit.,* 575.

convierte en alimento principal) no se puede transferir totalmente al estudio histórico. De ello se deriva que en este se requiere la tarea de distinguir qué es utilizable para la recta impostación de las cuestiones históricas, de aquello que, para tal efecto, no sirvem69.

Para la escuela histórica, según esta expresión, que ya se ha hecho clásica, ”el derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo y, por ello, habremos de llamarlo también *derecho del pueblo’”.* Pero, en una sociedad pluricultural, ¿podemos hablar de un solo pueblo y de un solo derecho? Esta situación ya había sido advertida por Savigny, quien dijo que ”puede parecernos dudoso, si nos encontramos con un pueblo o con varios”’ y resuelve con una perífrasis esta interrogante: ”lo que opera en cada pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo inclividuar”.

3. El **método de interpretación de la escuela histórica del derecho**

Para Savigny: ”la actividad intelectual libre contenida en la interpretación tiende a que conozcamos la ley en su verdad, es decir, que se nos hace evidente mediante un procedimiento regular. La interpretación de la ley es siempre necesaria para que la misma intervenga en la vida; y esta su general necesidad constituye a la par su justificación. La interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley’’’.

Dentro de este orden de ideas, la interpretación, en tanto ”reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley”, debe indagar los cuatro elementos de la misma: ”un elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático””.

1

ttiai

169 Emilio BETTI, *op. cit., 580.* 170 Frkdrich VON SAVIGNY, *Los fundamentos de la Ciencia Jurídica,* en La *Ciencia del Derecho,*

Frledrich VONSAVIGNY, Julius Hermana VON KIRCHMANN, Emst Z1TELMANN, y Hertnann KANIOROWICZ, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, 35. 171 Friedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.,* 39. El autor afirmó que ”también en estos círculos puede

arraigar una producción Jurídica particular expresiva del derechoparticular, al lado del derecho común del pueblo, que de este modo, en algunos aspectos, se completa o inclusive se transforma" *(cit.).* 172 Frledrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.,* 40. 173 Friedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.,* 78. 174 Friedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit., 83.*

III

Capítulo V711: Sobre la interprrtadón y d espejismo de la claridad

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador”15. El elemento lógico ”tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en la que se hallan *sus* diversas partes””. El elemento histórico ”tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la *ley”’”.* El elemento sistemático ”se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”1B.

Sin embargo, Savigny estaba en contra de ciertos resultados de la interpretación lógica. En efecto, se pronunció rotundamente en contra de las (mal) denominadag” interpretaciones restrictiva y extensiva’’’. Dentro de este orden de ideas, ”se notará que esta operación es tan arbitraria que no se puede hablar de una verdadera interpretación, porque lo que el juez debe agregar a la ley; por este solo hecho no puede ser ya objetivo [...] Por ello, la operación debe descartarse, porque la razón no es objetiva por la ley; sin embargo, por la ley debe expresarse algo objetivo’’’. Esta posición, desde mi particular punto de vista, no es coherente con la propuesta teórica de la escuela histórica, en tanto, si la literalidad de una ley (entendida como el producto del espíritu del pueblo) es excesiva o limitada con respecto de su

175 Priedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.* 176 Fdedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.* 177 Frledrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.* 178 Friedrich Karl VON SAVIGNY, *op. cit.* 179 Sostengo que son denominaciones equivocas, por cuanto el operador jurídico nunca interpreta

a *priori* una manera restrictiva o metensiva: es como consecuencia del proceso de interpretación (lógica frente a la literalidad del texto legal) que se le dará una lectura, restrictiva o extensiva, a la disposición normativa. Por ello, más que de tipos de interpretación, son consecuencias de cierto tipo **de** interpretación.

Mi, los autores se remontan al fundamento de la ley y, si encuentran que la misma en su desarrollo lógico conduce a más o a menos que lo que la ley contiene, corrigen la ley mediante una nueva especie de interpretación extensiva o restrictiva. No les importa en esta empresa si el legislador cometió conscientemente una Inconsecuencia lógica o si

solo olvidó sacar las conclusiones lógicas del fundamento, que los intérpretes añaden (Friedrich Kari VON SAVIGNY, *op. cit.,* 172-173).

Friedrich Karl VON SAVIGNY, *Metodología jurídica,* traducido por José Julio SANTA-PATTER, Depalma, Buenos Aires 1979, 42. El autor asevera que lodo este procedimiento que hemos condenado puede resumirse bajo un nombre general• pufeo_ionamiento de la jurisprudencia por su forma (cit., 51).

intencionalidad o su pensamiento, no veo ningún inconveniente para que el propio intérprete ajuste el texto de la ley a su *ratio* (aunque sea histórica).

La escuela de la evolución histórica criticó fuertemente a Savigny. Así, Saleilles afirmaba que"la escuela de Savigny, bajo su forma inicial, descansaba sobre ciertos postulados que, so pretexto de su evolución, no llegarían más que a la inmovilización'''. En este mismo sentido crítico, se sostiene que"la ley no debe aplicarse teniendo solamente en cuenta sus antecedentes y las exigencias económicas y sociales que motivaron su nacimiento, sino también conforme a las nuevas exigencias determinadas por la evolución sociarn. Definitivamente, adecuando la escuela histórica del derecho a los postulados de la escuela de la evolución histórica, se podrían obtener óptimos resultados. Así, empleando este criterio, en materia de técnicas de reproducción médicamente asistidas heterólogas, si hubo autorización del marido, frente a un eventual "arrepentimiento", sería inaplicable el art. 363 c.c. (en sus incisos 1 al 4) ya que estos fueron concebidos (desde el Derecho Romano) para proteger al marido de las relaciones adulterinas de la mujer, vía una pretensión de contestación de patemidadin.

4. Sobre la validez actual del planteamiento de la escuela histórica en un país pluricultural (o del salto de "los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo" a los "que por su cultura o costumbres comete(n) un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su(s) acto(s)")

La gran moraleja que el operador jurídico ha heredado del historicismo *savigniano* es que tiene que ser consciente de que suelen haber una serie

182 Raymond SALErr r RS, *Le Code Civil et le Méthode Historique, en Le Gvr6Livre du Cente-*

naire, tomo I, 2• edición, Paris, 1904, 99.

183 Daniel CROVI, *op. cit.,* 142. El autor sostiene que, "a diferencia de Savigny, Saleilles no temía que

los códigos frenaran la evolución del derecho [...j Los códigos —decía— son el producto de la historia *de* los pueblos; pero, las leyes, una vez sancionadas, se emancipan de *sus antecedentes,* del complejo cultural que las generó y 'adquieren vida propia": Asimismo, agrega que "la

tarea del intérprete sería, entonces, preocuparse constantemente por elegir, entre las diversas significaciones que puede tener un texto legal, aquella que se adecue mejor ’a las necesidades de la vida económica, a las concepciones morales, a las modificaciones de las necesidades sociales’ *(cit.,* 142-143).

Ello fue advertido en ml *Derecho de las Personas,* r edición, Editorial Huallaga, Lima, **2001,** 93-

de disfunciones y desarmonías entre el derecho formalmente válido y las costumbres de los pueblos y, frente a estas situaciones criticas, se tiene que buscar una solución justa, sin apartarse del mandato legislativo de ”aplicar la norma jurídica pertinente”.

La evolución del modelo jurídico que se reguló en el art. 45 del abrogado Código Penal de 1924, es un ejemplo de ello. En efecto, dicho numeral establece que:

”Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del articulo 90185. Podrán, asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión *según* el procedimiento permitido en el artículo **42”.**

La jurisprudencia penal que se generó en la interpretación y aplicación de este artículo fue copiosa’. Así, tenemos que, con Ejecutoria del 18.02.43, se definió el concepto de indígena semicivililizado, prescribiendo que: ”El concepto legal del indígena semicivilizado es el del sujeto que lleva una vida primitiva, ajeno a todo centro de cultura”. También son indígenas semicivilizados, según Ejecutoria del 16.05.51, ”los indígenas analfabetos, que viven en las punas, lejos de todo contacto con la civilización”. En cambio, no es indígena semicivilizado ”quien sabe leer y escribir y tiene el oficio de carpintero” según Ejecutoria del 26.03.45. Asimismo, ”el analfabetismo del acusado y su condición de hijo de indígenas no constituyen por sí solas calidades que revelan su estado de semicivihz’ ación” según Ejecutoria del 27.07.51. Tampoco es ”indígena semicivilizado; como aprecia la Ejecutoria

185

186

Este articulo se refería a la facultad de juez de disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal cuando no concurrían los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad penaL

Todas las ejecutorias penales han sido tomadas de Julio ESPINO PÉREZ, *Código Penal Concordancias,* 6’ edición, Sevillano, Lima, 1982, 64-66.

501

del 08.01.44: ”el acusado analfabeto que hace una vida normal y está inscrito en el Registro Militar. Semicivilizado es aquel que procede más en armonía con el instinto que con los conceptos de derecho y obligaciód. La Ejecutoria del 22.11.40 estableció que:

”La represión del delito de homicidio, cometido por indígenas semicivilizados en agravio de un enajenado a quien aquellos consideran como seres peligrosos y malignos, no puede ser muy severa, a pesar de la gravedad del delito, por lo dispuesto en los artículos 45 y 51 (que se refiere a las condiciones subjetivas del inculpado que tendrá que apreciar el juez al momento de aplicar la pena) del Código Penal y porque las supersticiones y costumbres bárbaras de dichos indígenas no pueden ser abolidas con penas drásticas».

Con Ejecutoria del 04.08.41, siempre en materia de homicidio, se decidió lo siguiente:

”El homicidio perpetrado en forma ocasional, por un indígena semicivilizado, al ser agredido por el agraviado, y en el que ha concurrido exceso en la legítima defensa, debe sancionarse en forma prudencial. La mutilación posterior del cadáver, debido a superstición y prejuicios del agente, no por maldad, no agrava su condición jurídica».

En materia de lesiones, con Ejecutoria del 06.08.63, se sentenció que: ”Tiene responsabilidad muy limitada la indígena semicivilizada, analfabeta, que no habla castellano, quien actuó violentada por las acusaciones del agraviado, ante la autoridad y que en un altercado agredió a este lesionándolo”.

En materia de *servinakuy,* se presentaron serios problemas, por cuanto esta costumbre (si se configuraba una convivencia con una menor de edad) colisionaba con algunos tipos delictivos (violación de menores o seducción, según el abrogado Código Penal de 1924). Así, mediante Dictamen del Fiscal Supremo, del 08.01.43, se relata el siguiente hecho:

”Víctor Berrocal celebró con Juana Sabina Peña la ceremonia del ’sirvinacuy’ o matrimonio a prueba y, después de tres años de convivencia, por no resultar conveniente a su vida, pues la mujer, que era menor de edad, no cumplia sus obligaciones referentes a la ayuda en el trabajo, se

separaron, motivo por el cual la madre del menor denunció el hecho ante el juez Instructor" 87.

El Tribunal Correccional de Abancay impone a Berrocal la pena de 60 días de prisión condicional, reparación civil y una pensión alimenticia para el hijo procreado. El Fiscal del Tribunal Correccional, con el fundamento de "peculiaridad del caso', interpuso recurso de nulidad. Resulta revelador del temperamento ideológico en nuestro país en la década de los cuarenta respecto del *servinacuy,* que se percibe en este pasaje del Dictamen del Fiscal Supremo:

"la sentencia recurrida sostiene que, por haberse realizado la ceremonia del isirvinacuy' o matrimonio a prueba, mediante la cual la mujer pasa a poder del prometido en calidad de amante, con el consentimiento de los padres yen presencia de testigos y padrinos, no puede hablarse de delito de violación o de la figura contenida en el artículo 199 del Código Penal (violación de *menores),* sino simplemente de seducción, previsto en el artículo 201 del mismo Código; que además la menor no se encontraba virgen, pues había tenido relaciones tanto con el acusado como con tercera persona, lo que revela el conocimiento de la agraviada con respecto al acto que iba a practicar; y, por último, que tratándose de un indígena semicivilizado, de escasa cultura, la responsabilidad debía graduarse con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 45 y 90 de la ley penal"189.

En atención a lo expuesto, el Fiscal Supremo concluye que "el acto practicado por el acusado con la agraviada, sin constituir una violación, es un abuso deshonesto'90. La Corte Suprema, mediante resolución del 12.05.43, define al *servinacuy* como "la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija conviva con el novio durante un período que permita comprobar la

187 *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República.* Año Judicial de 1943, Tomo XXXIX, Im-

prenta Americana, Lima, 1944,17. 188 *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República, op. cit.,* 18. 189 *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República, op. cit. 190 Anales judiciales de la Corte Suprema de la República,* op. *cit..* 19.

conveniencia del matrimonio”191. En dicha resolución se establece que ”lo que se deja expuesto, permite aplicar al caso el art. 87 del Código Penal, ya que se trata de infracción cometida por ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito”1”. En atención a ello, se redujo la condena condicional de 6o a 15 días, confirmando lo demás que contenía la sentencia impugnada.

En el ámbito de la doctrina, se observó que ”el problema está en que gran parte de nuestras mayorías nacionales viven dentro de otro cuadro de condiciones sociales, económicas, en otro tipo de mundo, con otra clase de relaciones y, para ellos, estos códigos resultan absolutamente fantásticos, como de ciencia ficción, pues nada tienen que ver con su realidad cotidiana”193. Ello evidencia que un país pluricultural como el nuestro debe estar normado, lógica y naturalmente, por un pluralismo jurídico. El hecho de que los operadores jurídicos del derecho formalmente válido asuman una actitud intolerante y sancionen solo con su derecho generaría situaciones manifiestamente injustas. Tampoco es admisible que se permita, sin ningún tipo de limitación, el exacto contrario: ello generaría una suerte de anarquía jurídica. ¿Cuál es, entonces, la *medietas* aristotélica? Se responde afirmando que: ”la civilización occidental tiene ciertos elementos que, por considerar fundamentales, pretende imponer sobre las otras, aunque estas no lo quieran — claro que todas las civilizaciones han tenido sus propios núcleos que habrán pretendido imponer sobre las demás, lo cual no es una particularidad de esta civilización occidental—, llámese derechos humanos o llámense aspectos fundamentales de la dignidad humana, que no son materia de transacción. Entonces, cuando ese tipo de derechos consuetudinarios tocan esos aspectos, no es posible permitirlo’’’.

Autorizada doctrina italiana ha afirmado que la máxima *ignorantia iuris non excusat,* en sus orígenes (en contra de lo que se podría pensar), ”no tenía

191 *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República, op. cit.,* 20. 192 *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República, op. cit.,* 21. 193 Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *Entrevista,* en *7hémis,* segunda época, N’15, Pontificia

Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, 9.

194 Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. cit.*

un valor absoluto *en* el derecho romano”’ y, actualmente, se propone una interpretación restrictiva de la misma, por cuanto: «la máxima latina E…] sería entendida no ya en el sentido que el ciudadano está obligado a conocer todas las leyes o, al menos, aquellas que lo atañen directamente o, al mínimo, aquella que ha violado, en el caso específico de la sobrevenida incriminación; sino en el sentido que la ignorancia de quien está obligado a observar las leyes no lo exime de la aplicación de las consecuencias de *leyes a* su cargo por parte del magistrado, que conoce la ley. Como se ha dicho, el mensaje legislativo se dirige, en primera instancia, a *sus* intérpretes y ejecutores, es decir, a quien debe hacer observar la ley, y solo, en última instancia, a quienes deben observarla como generalidad de ciudadanos. Esta es la certeza del derecho como su dureza práctica, como hecho y no como forma”’”.

En materia de Derecho Penal, se observa que: «la aplicación de la ley penal en un Estado social y democrático de derecho no puede abandonar el principio de culpabilidad, según el cual la pena solo peerle imponerse al autor de una acción u omisión dolosa o, al menos, culposa, que tuvo la posibilidad exigible de adecuar su conducta conforme a derecho.

Es este principio que se desprende de la Constitución Política del Perú’n el que fundamenta la inaplicabilidad de la pena en el caso de error de prohibición inevitable. Por ello, cuando la inevitabilidad del error provenga de la imposibilidad de comprensión de la norma penal debida al condicionamiento cultural, la conducta, si bien típica y antijurídica, debe considerarse inculpable y, por lo tanto, impune”’”.

195 Así, ”se hacía la diferencia entre ignorancia en materia civil (Decretos 13, 7, 16, i) y se establecía

la regla, según la cual estaban exentos de Imputabilidad los menores de veinticinco años y las mujeres, estas últimas *proptc sena infirmatis.* en razón de la debilidad de su sexo. La afirmación de este principio fue

hecha bajo el imperio de Valentiniano y Teodosio (311-392) como precisa fórmula politica: *Constitutiones principum nec ignorare queniquam nec disimulares permittirrius y desde* entonces esta se ha convertido en un atributo del poder soberano entendido como fuerza ejercitada con la lef (Vittorio FROSTNII, *La lettera e o spkrito della legge, Y edición,* Giulfré, Milano, 1998, 86-27). 196 Vittorio FROSINI, *op. cit.,* **28-29.** 197 El autor se está refiriendo al apartado d) del inciso 24 del artículo **2,** que establece que `nadie

será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Alberto BOVINO, *Culpabilidad, cultura y error de prohibición,* en *7/témis,* segunda época, 15, 1989,36.

Por fortuna, los tiempos (así como los ”indígenas semicivilizados”) han cambiado y la Constitución de 1993 ha revaluado considerablemente a la costumbre’. En efecto, se parte de la consagración, en el artículo 2.19 del derecho a la identidad étnica y cultural, que se encuentra en concordancia con el tercer párrafo del numeral 89, en el cual se prescribe que ”el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”. El art. 139, en su inciso 8, reclama como principio de la función jurisdiccional no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, ”en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. Dicho principio deja de ser un mero enunciado si leemos el art. 149, que prescribe que:

”Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho ronweindinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (el subrayado es mío).

Percibimos en estas disposiciones que el constituyente ha sido más sensible a los requerimientos de la experiencia social y ha comprendido que a los grupos culturalmente diferenciados les corresponde un tratamiento jurídico especial y dentro de ciertos límites evidentemente. Se ha criticado que nuestro ordenamiento jurídico rige para una minoría. Esta observación no puede pasar desapercibida si tenemos en cuenta que las estadísticas nos arrojan que un 45% de la población peruana es indígena (entendida como un concepto cultural y no racial), con costumbres que son ajenas a un orden jurídico de influencia eminentemente europea. La flexibilidad en los criterios que tenga el operador jurídico para aplicar la ley o la costumbre en un

 Y ha desterrado la complicada e incomprensible creación lingüística de su predecesora: *prin-*

cipios generales que inspiran el derecho peruano, que todavía subsiste literalmente en el Código Civil. Sin embargo, se debe recordar que el artículo 51 de la Constitución consagra el principio de prevalencia de la misma sobre toda norma legal. Por consiguiente, esta produce una eficacia modificatoria del Código CiviL *Cfr.* Carlos CARDENAS QUIRÓS, limite *temporal de* las *normas jurídicas cesación de su vigencia en: Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar,* tomo I, Universidad de Lima, 1990, y ss.

caso determinado es un paso adelante que nos revela un nivel de maduración en la sensibilidad jurídica del intérprete.

En vez *de* hacer una discriminación entre costumbre *secundum* ***legan,*** *contra legem o praeter legem,* debemos constatar si esta corresponde al valor Justicia y no limitarnos a hacer una simple comparación de la costumbre con las normas legales. Lejos de proponer una suerte de anarquismo jurídico, debemos propiciar una administración de Justicia más atenta a la realidad nacional que a modelos jurídicos que tienen una aplicación limitada en determinadas zonas geográficas de nuestro país. En tanto el Perú sea un Estado pluricultural, debemos interpretar los modelos jurídicos en función del contexto socio-cultural en donde los hechos se presentan. He ahí la importancia del redirnensionamiento del valor de la norma consuetudinaria.

La revalorización de la costumbre *se* ha hecho también patente en el Código Penal de 1991 cuando en su art. 15 leemos que: "El que por su cultura o *costumbres* comete un hecho punible, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando, por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena" (la cursiva es mía).

Esta disposición concuerda con el numeral 45.2 del mismo texto legal cuando se establece que el juez deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar la pena, la cultura y costumbres del agente. Ello resulta de suma importancia, porque nos revela a un legislador penal más sensible que ha dado un salto de calidad de un modelo jurídico que (solo) atenuaba la pena para -los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo" a un modelo jurídico que exonera o limita la responsabilidad penal a los "que por su cultura o costumbres comete(n) un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su(s) acto(s)". Estos modelos jurídicos, que siguen el principio constitucional del respeto de la identidad cultural, pueden ser entendidos como una suerte de rescate que se hace del planteamiento historicista savigniano, vale decir, un legislador que se preocupa por ser intérprete de la historicidad de su realidad social.

Como ejemplo de aplicación de la escuela de la evolución histórica, se puede citar el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en sesión del 18.07.08, en el cual los vocales aprobaron por unanimidad la siguiente ponencia:

”Cuando la víctima es mayor de 14 años y menor de 18 años y existe consentimiento de su parte, el agente quedará exento de responsabilidad penal”.

Ello implica ir más allá de lo previsto por el legislador en un determinado momento histórico y aplicar, o no, una norma (o aplicarla de manera diversa) acorde a las exigencias sociales actuales (y no del pasado).

Con la Ley N. 30076, del 18.08.13, se derogó el Inc. 3, del art. 173 c.p., que tipificaba como delito de violación de menores de edad, el supuesto en el cual la ”víctima” tuviese entre catorce años de edad y menos de dieciocho. En la actualidad, cualquier relación sexual consentida con una persona en *ese* rango de edad es una conducta atípica, es decir, no constituye delito.

Capítulo VIII: Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

(con un aterrizaje, forzoso en la sociología jurfclica),-11

”El derecho existe para realizarse. Lo que no existe más que en las leyes es un fantasma”.

Rudolf VON IHERING *Abreviatura del espíritu del derecho romano.*

1. Premisa: el sueño imaginario de von Ihering

Von Ihering, en 1884, a la edad de 66 años, publica *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Bromas y veras en la ciencia jurídica).* En la parte III de este libro, titulada «En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía’: el autor imagina un sueño, en el cual él mismo viaja a ese cielo, en el que el aire atmosférico es veneno para los espíritus que habitan ahí, por cuanto: ’en este mundo de los conceptos, no existe la vida tal como la concebís. Es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, por vía de la *generatio aequivoca* lógica, con total independencia del mundo de la realidad. Por eso, rehuyen todo contacto con el mundo terrenaL Hasta el recuerdo del mundo debe ser borrado de la mente de los que piden aquí el ingreso”’.

Para aquellos que no habían conseguido borrar ese recuerdo, debían beber de un manantial semejante al río Leteo de la mitología griega: ”un trago basta para sumir en un completo olvido todas las concepciones que aún lleven vestigios de la vida real. Pero muy pocos de los que solicitan ingreso aquí sienten necesidad de hacer uso de ese manantial’’’.

Así como Dante fue conducido por Virgilio en *La Divina Comedia,* von Ihering fue conducido por el espíritu de un profesor de derecho romano (cuyo nombre, al haber bebido este espíritu de la fuente del olvido, no recor-

200 Rudolf VON ’KERING, *Bromas y venas en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum,* traducido

por Tomás A. BANZHAP y Mariano Santiago LUQUE, Civitas, Madrid, 1987, 218-210.

201 Rudolf VON IHEEING, *op. cito* 219.

daba). Al ser llevado a la palestra de los ejercicios gimnásticos, von Ihering preguntó por una máquina que le llamó la atención. El espíritu respondió que se trataba de una ”partidora de pelos”, cuya característica era la de dividir un cabello en 999.999 partículas iguales. Con este pasatiempo se genera un concurso, en el que se le dan a los competidores cabellos cada vez más pequeños para partirse. Algunos competidores han logrado dividir la partícula de 1/999.999 en otras 999.999 fracciones: ”el campeón recibe como premio unas coronas como la de laureles, consistente en pelos partidos por él mismo, que conserva hasta que algún otro lo supere’”.

Antes de ser sometido von Ihering a un examen para su ingreso, el espíritu le reza la siguiente profesión de fe:

”Creo que todas las verdades jurídicas le han sido dadas al hombre por la Naturaleza y le son innatas, y que, por lo tanto, el hombre solo necesita pensar con energía para hacer aflorar todas las riquezas que, en forma embrionaria, yacen en su raciocinio. El hombre lleva en su sentimiento jurídico, que, por habérselo dado la Naturaleza, es siempre el mismo en todos los pueblos y en todas las épocas, todas las verdades jurídicas generales; la diversidad histórica de los derechos, que parecería ser incompatible con esto, debe imputarse en parte a la imperfección del pensamiento, en parte a la legislación positiva, que es movida por el arbitrio o por meras razones de conveniencia”.

El más destacado expositor (y luego agudo crítico’) del método de la jurisprudencia de conceptos rechaza este juramento y después se despierta.

2. El planteamiento del método de la jurisprudencia de los conceptos

Si nos atrevemos a decir que el formalismo y la dogmática son hijos del positivismo, llegaremos a la conclusión de que la jurisprudencia de los conceptos o conceptualismo jurídico *(Begrlurisprudenz)* es la nieta del positivismo. Para von Ihering, ”el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el medio único suministrado por el

202 El traductor del texto que estoy citando adara que *”partir pelos* (verticalmente) tiene en alemán, en

sentido figurado, el significado de nimia escrupulosidad. mdiculosidad

excesiva” *(op. cit.,* 2.21).

203 Rudolf VON IHERING, *op. cit.* 204 Como lo advierte Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho, ordenación crítica de las*

principales direcciones metodológica, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, 105.

mismo derecho en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica'. Dentro de este contexto: "cualquier hombre, lo mismo que el jurista, es apto para aprender textos legales, pero el buen sentido por sí solo no basta para comprender el derecho y aplicarlo. *Es* preciso para ello una doble cualidad: el *poder* particular de *concepción,* que no se adquiere sino con un gran número de años, de esfuerzos y de ejercicio y de la educación particular del pensamiento abstracto. Después *viene la intención jurídica,* o *sea,* el talento operatorio, con ayuda de las nociones de derecho, la facultad de transformar simultáneamente lo abstracto y lo concreto, el golpe de vista y la concepción clara de los principios de derecho en las especies propuestas (diagnóstico jurídico), en una palabra, el arte jurídico, cualidades todas que reunidas forman la *educación jurídica'.*

Von Ihering concibe al derecho como "un organismo objetivo de la libertad humana y, para entender este organismo, desarrolla las regla?" contenidas en *sus* leyes o códigos a través de las definiciones de los concepto?" contenidos en dichas reglas. Sin embargo, esta labor interpretativa debe tener en cuenta la experiencia social'. En este escenario, juega un rol importante lo que el mismo von Ihering denomina la simplificación del derecho.

La simplificación del derecho es de dos fiases, a saber, cuantitativa y cualitativa. La simplificación cuantitativa "obedece a la idea de que cuanto más reducido es el material, más fácil es su manejo: tiende a hacer todo

205 Radar VON 'KERING, La *dogmática jurídica,* Editorial Losada, Buenos Aires 194 86. 206 Rudolf VON IHERING, *op. clt.,* 88. Es dentro de este orden de ideas que debemos entender la

conocida expresión del autor cuando dice que los verdaderos juristas de todos los países y de todas las épocas hablan el mismo lenguaje (cit., 89). 207 Rudolf VON 'KERING, *Abreviatura del espíritu del derecho romano,* traducido por Fernando

VELA, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, 23. 208 Se sostiene que "las reglas no son más que los puntos prácticos, culminantes y externos del de-

recho, pero que no abarcan y agotan su contenido real ni en intensidad al en extensión" (Rudolf VON INERING, *La dogmática jurídica, cit,* 26).

Es por ello que Rudolf VON MERINO opina que ^esta conversión de las reglas en definiciones jurídicas es lo que diferencia el desarrollo de la ciencia del derecho de su exposición en un código" *(Abreviatura del espíritu del derecho romano, cíe,* 28).

Asf, -no hay modo de entender el derecho de un pueblo y una época abstrayéndolo de su fondo viviente, de su correlación con la vida real' (Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 35).

lo posible con el menor número *de* elementos. Podría llamarse *la ley de la economía'''.* Esta ley se cumple mediante las siguientes operaciones:

a) Análisis de la materia o su reducción a partes fundamentales

simples. En esta parte, von Ihering propone descomponer el derecho en una serie de signos, al cual denomina *alfabeto del derecho,* en el que "las nociones abstractas son como las consonantes y las concretas como las vocales"' y "las letras del alfabeto del derecho deben ser más numerosas que las del lenguaje y exigen una corrección y una exactitud mucho mayor"213. b) Concentración lógica de **la materia,** que va en sentido opuesto a

la operación anterior, debido a que une y concentra. En efecto, "no es una operación puramente jurídica, sino un procedimiento lógico universal que consiste en abstraer de especies determinadas un principio y expresarlo de una forma nueva, lógica y enérgice214. C) **Orden sistemático de la materia,** que se trata "de una sencilla cla-

sificación que permite encontrar más fácilmente los materiales recogidos y da una idea concentrada de la ciencia de que se trata; es decir, la indicación en forma de cuadro sinóptico de lo que constituye cada objeto o noción y la manera de enlazarse a todo el resto del organismo de la ciencia'''. d) **Terminología jurídica,** utilizada con el propósito de simplificar el

uso de una idea216. **e) Arte de emplear hábilmente lo que existe,** advirtiéndose que "mu-

chas veces la jurisprudencia tiene que hacer violentos esfuerzos para permanecer fiel a esta regla y emplear medios artificiales, rodeos y vueltas, agotando el uso de los medios existentes hasta los límites más extremos y ayudándose mañosamente para utilizar solo lo que tiene ya a manda".

211 Rudolf VON MERINO, *op. cit.,* 230. 212 Rudolf VON MERINO, *op. cit.,* 236. 213 Rudolf VON IHEUNG, *op. cit.,* 237. 214 Rudolf VON MERINO, *op. cit.,* 239. 215 Rudolf VON 'KERING, *op. cit.,* 231. 216 Rudolf VON IHERING, *op. cit.* 217 Rudolf VON MERINO, *op. cit.,* 401.

Capítulo V711: Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

La simplificación cualitativa, es decir, ”el orden interno, la simetría, la unidad del objeto que tienden al mismo fin. Cuando las partes del derecho, exactamente limitadas y separadas, se reúnen, sin embargo, en una sola unidad, el pensamiento puede abarcar tan fácilmente las partes como el conjunto”". En esta parte, juega un rol fundamental la construcción.

Von Ihering distingue la interpretación inferior de la interpretación superior. La primera surge de un ”primitivo” derecho de forma imperativa, en el cual solo se permite al operador jurídico ”explicar la materia, resolver *sus* contradicciones, aclarar los puntos oscuros, precisar los inciertos y deducir el principio de las disposiciones existentes”" y se llega a la conclusión de que ”esta interpretación no crea nada nuevo, sino que pone en claro los elementos jurídicos ya existente?”. La interpretación superior proviene de la denominada alta jurisprudencia o método de la historia natural. El primer tipo de interpretación se distingue de este último por cuanto la interpretación inferior se centra en las disposiciones del derecho y *sus* principios, mientras que la interpretación superior en las ”instituciones jurídicas, nociones jurídicas’’’. Von Ihering, que prefiere llamar cuerpos jurídicos a las iristituciones,222 establece que estos se distinguen (unos de otros) por su estructura, es decir, ”por sus elementos anatómicos: sujeto, objeto, contenido, efecto, acción”223. En este escenario, la construcción jurídica consiste en la aplicación de la alta jurisprudencia o método de la historia natural en la materia jurídica’. Esta tiene por objeto la organización de los cuerpos jurídicos y tiene tres leyes, a saber:

218 Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 231-232. 219 Rudolf VON IHERING, *op. cita* 242. 220 Rudolf VON IHERING, *op. cit.* Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 242. El autor sostiene que ”la institución jurídica no es solo una

reunión de disposiciones jurídicas aisladas sobre una cierta relación, sino existencias, Individualidades lógicas de seres jurídicos a las que animamos de una vida individual y, en tal sentido, nacen, mueren, actúan, entran en lucha, tienen misión y fines y para realizarlos disponen de fuerza 242-243). 222 Ad, Me buena gana las llamaría seres jurídicos, pero prefiero la denominación de *cuerpos jurídi-*

cos (en oposición a la simple *sustancia* o *materia* jurídica)” (Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 243).

223 Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 244. 224 Rudolf VON IHERING, *op. cit., 246.*

a) La construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho

positivo, así "como las reglas positivas son los únicos puntos de la línea, la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad respecto a la forma, pudiendo inventar hasta formas enteramente nuevas y dar distintas configuraciones jurídicas a una sola disposición positiva"225. b) La unidad sistemática o falta de contradicción, asumiendo como

condición que la ciencia no puede admitir imposibilidades jurídicas. Esta coherencia lógica reviste particular interés frente a la natural evolución del contexto social. Por ello, se afirma que, "en la ciencia como en el derecho, existe el progreso eterno: el horizonte intelectual se ensancha, se amplia el círculo de lo posible, ya por propia virtud de la ciencia o porque se imponga enérgicamente como necesidad práctica lo que antes era jurídicamente imposible. La ciencia entonces tiene que cambiar las nociones y las doctrinas vigentes por las nuevas o adaptar estas hábilmente de modo que concuerden con el dogma antiguo"n6. c) La ley de la belleza jurídica, haciendo la advertencia de que se

entiende a la belleza como sinónimo de perfección. Así, "puede decirse que la construcción es más *sencilla* cuanto más perfecta es [...j. La construcción es *clara* cuando hace fácil a la inteligencia la relación de que se trata [—I; es *transparente si* el asunto que entraña aparece con claridad en todas sus consecuencias (-1; y es *natural* cuando no pretende abolir o perturbar los fenómenos del mundo físico intelectual" 7.

Cumplidas estas leyes, "el sistema que resulta de la construcción es la forma práctica más ventajosa de una materia dada y además el origen de una materia nueva'''.

225 Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 247. 226 Rudolf VON IHERING, *op. cit., 248.* 227 Rudolf VON IHERING, *op. cit.,* 249. 228 Rudolf VON MERINO, *op. cit.,* 250.

.:,

Capítulo VIII: Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

3, ***El otro*** von Ihering: arrepentido conceptualista que se convierte en sociólogo del Derecho

Von Ihering, al publicar *La voluntad en la posesión,* en 1869 (aproximadamente 17 afros después de la primera publicación de *El espíritu del derecho romano),* confesó lo siguiente: ” aunque en mi juventud fui entusiasta partidario de la tendencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y, al fin, no he cejado un momento en combatirla. Primeramente lo hice en varios artículos publicados sin dar mi nombre, anónimos —1861-1863; más tarde, en mi *Espíritu del derecho romano* (V.IV, párrafo 6o; 1864)229; luego en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1867); y, por último, en *scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Esta misma convicción es la que me ha inspirado la idea de una gran obra, titulada *Zweck im Recht* (El fin en el Derecho). Para acabar con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que, en Derecho, la idea de fin es la única potencia creadora y que el imperio que se atribuye la lógica es usurpa

ddnuo.

En 1872, von Ihering, invitado por la Sociedad Jurídica de Viena, dictó la conferencia titulada ”La lucha por el Derecho”. Es aquí donde se percibe a un autor un tanto desencantado del poderío de la ciencia jurídica y aferrado a la fuerza que le da a esta la sociedad. Observa que ”el poder de estos dos agentes, las relaciones y la ciencia, es limitado; pueden dirigir el movimiento en los limites fijados por el derecho existente, impulsarle, pero no le es dado derribar los diques que impiden a las aguas tomar un nuevo c-urso”ni: esta apreciación deja ver la superación de la formalidad de los conceptos jurídicos para llegar al contenido de los mismos, es decir, a la experiencia social.

Von Ihering, en su nuevo planteamiento, sostiene que ”el Derecho, considerado en su desenvolvimiento histórico, nos presenta, pues, la imagen de

229 En efecto, la preocupación por el dato sociológico no estaba ausente en *El espíritu del dere-*

cho romano, en el cual von lhering llegó a decir que ”no hay modo de entender el derecho *de* un pueblo y una época abstrayéndolo de su fondo viviente, de su correlación con la vida real” *(Abreviatura del*

espíritu del derecho romano, cit., 34). 230 Rudolf VON MERINO, *La voluntad de la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante,*

traducido del original alemán por Adolfo POSADA, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910,10-11. 231 Rudolf VON MERINO, *La lucha por el Derecho,* traducido por Adolfo POSADA, Civitas, Madrid

1985,64.

la investigación y la lucha; 1...) el Derecho debe estudiar y buscar sin cesar el verdadero camino y, cuando lo ha encontrado, derribar todos los obstáculos que se oponen e impiden avanzar'''. Concluye que "la lucha que exige el Derecho para hacerse práctico no es un castigo: es una bendición"233. Sin embargo, su nueva posición estaba permeada de una fuerte dosis crítica sobre el hombre y la sociedad. Como fuera anunciado, en 1877, von Ihering publica *El fin en el Derecho, en* el cual detalla los que él considera los tres aforismos fundamentales del derecho objetivo de la siguiente manera:

"La posición del hombre en el mundo se sintetiza con tres aforismos: los dos primeros, concernientes a su derecho; el tercero Indica *sus* deberes en el mundo: 1. Existo para mí. 2. El mundo existe para mí. 3. Existo para el mundo. Son las tres piedras angulares de todo el orden del derecho, como de todo el orden moral del mundo. Sobre ellas reposa todo: la vida privada, la vida familiar, las relaciones, la sociedad, el Estado, las relaciones de los pueblos, su razón de recíproco destino en los contemporáneos como en los pasados"234.

La jurisprudencia de los conceptos puede ser un interesante laboratorio de interpretación de los modelos jurídicos del operador del derecho. A continuación, voy a analizar unos precedentes que interpretaron de una manera justa un dispositivo legal en materia de filiación extramatrimonial, que dieran como resultado la posterior modificación del Código Civil:

Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Resolución N° (08.07.97) Expediente N° 3114-96

Exclusión **de nombre como padre extramatrimonial en partida de nacimiento - Legitimidad para impugnar el reconocimiento del hijo**

232 Rudolf VON IHEIIENG, *op. cit.,* 66. 233 Rudolf VON IffERING, *op. cit.,* 69. 234 Rudolf VON IHERING, *El fin en el Derecho,* Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, 37-38.

..’’’,17r1

Capítulo ME Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

extramatrimonial - Jurisprudencia interpretativa del art. 402 c.c. anterior a la reforma *de la* Ley N° 27048

”Que si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley y, por lo tanto, al Juez, ala veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia *de* reconocimiento expreso conforme a la ley y, por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la *genética,* permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413 cuando admite como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos.

Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación ’a fortiorf, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxiribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, in fine, del ya citado numeral 413, cuando se refiere que•. `En los juicios sobre declaración de paternidad [...] extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica [

Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación *fehaciente* de tal filiación, el numeral 402 del Código Civil establece, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico, como la genética del ADN, de valores casi absolutos, encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el juzgador sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendo del Instituto de Medicina Legal” (el subrayado es ralo).

4. El caso

Un niño nace el 09.05.89 y su madre (soltera) lo inscribe en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de San Martín de Porres. En la Partida de Nacimiento, la madre indica el nombre de la persona con la cual tuvo el niño. El presunto padre (erróneamente) interpone una demanda de impugnación de paternidad, solicitando que se excluya su referencia como padre extramatrimonial del menor. La Sala Civil entiende que la pretensión denominada ”impugnación de paternidad” es impropia, por cuanto está fuera de los alcances del art 399 c.c., ya que no se persigue negar el reconocimiento hecho por la madre sino excluir el nombre del demandante. Como consecuencia de ello, ”quien no ha reconocido un hijo extramatrimonial ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no ha producido”. Un dato adicional es que el demandante, anteriormente, fue sentenciado como ”padre alimentista” del menor.

5. Las cuestiones 5.1. Sobre la interpretación innovadora de los modelos jurídicos

El legado que nos dejó el joven Ihering, devoto defensor de la jurisprudencia de los conceptos, es que de los dispositivos legales se podría crear una jurisprudencia superior, que no se limite a ser una fedataria de erratas, sino que llegue a crear nuevos horizontes en la aplicación de la ley. Esto es lo que pasó con la jurisprudencia que interpretó el art. 402 c,c., antes de la reforma por la Ley N° 27048, del 06.01.99.

Para tener una visión clara sobre cómo eran las coordenadas legislativas antes de la reforma, debemos precisar que el art. 402 c.c. contenía cinco supuestos de hecho (escrito indubitable, posesión constante de estado, concubinato durante la época de la concepción, violación y seducción con promesa de matrimonio), por los cuales se podía solicitar la declaración de paternidad extramatrimonial. En caso de que no se pudiere acreditar una de estas causales, se podía solicitar judicialmente (al presunto padre) una pensión alimenticia hasta que el menor (producto de las relaciones sexuales extramatrimoniales acreditadas durante la época de la concepción) llegue a

cumplir 18 años, *ex* art. 415 c.c., utilizándose (hasta entonces) la impropia denominación de *hijo alimentista.*

Las pruebas de grupos sanguíneos u otras de validez científica solo eran consideradas como pruebas de descarte de paternidad, según el art. 413 c.c. (repito, antes de la reforma). En este contexto de dispositivos legales, la naturaleza que se le daba al elenco de supuestos de hecho contenidos en el art. 402 c.c. era de una cláusula cerrada o *numerus clausus,* es decir, basada en el principio de la tipicidad: solo se podían amparar las causales ahí previstas y no otras'.

Con la resolución materia de este comentario, de la cual ha sido vocal ponente el profesor Aníbal Quiroga León, se rompió este esquema: frente a los incontenibles avances de la ciencia, ¿cabía rechazar la prueba genética del ADN, que acredita en casi 100% la paternidad, por el hecho de no estar prevista por el art. 402 c.c.? Los vocales de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima entendieron, con acierto, que no. En efecto, al superar la realidad los esquemas de los dispositivos legales, se incluyó esta prueba, interpretando que el elenco de las causales contenidas en este artículo eran de carácter ejemplificador y que lo que más importaba era "acercar a la ley y, por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme ala ley".

Esta decisión sigue una orientación jurisprudencial y doctrinaria" que ya advertía la necesidad de ensanchar los supuestos de hecho contemplados

235 Se distinguen los elencos legislativos disyuntivos de los acumulativos. Los primeros son aque-

llos "elencos en los cuales el supuesto de hecho que preside al elenco se realiza en presencia *aunque sea de un solo* miembro del elenco" (Giovanni TMIELLO, *op. cit., 130-131).* Los elencos acumulativos son aquellos en los cuales "el supuesto de hecho normativo que preside al elenco se realiza solo si se verifica la presencia de *todos* los miembros del elenco" *(cit_ ,* 131). Dentro de los elencos disyuntivos, se distingue —a su vez— los elencos taxativos y los ejemplificativox Los primeros son "los elencos disyuntivos completos, es decir, aquellos en los cuales el intérprete no puede agregar otros miembros distintos a los que están comprendidos en el elenco' *(cit.,* 132-133). Son elencos disyuntivos ejemplificafivos los elencos disyuntivos incompletos y *completables* por

el Intérprete, el cual puede agregar otros miembros al elenco" *(cit.).* Estos serían los numen *clausus y los numerus apertus.*

236 Así, Enrique VARSI ROSPIGLIOSL *Hacia una filiación biológica, en Revista jurídica del Perú,* año

XLVII, N° u, Lima, 1997.45 y ss; Elvira MARTNEZ *La filiación biológica y el artículo 402 del código Civil, en Diálogo con la jurisprudencia,* arlo IV, N" 8, Gaceta Jurídica. Lima, 1398. 341 y ss.: Mari a GUTIÉRREZ DUANY y Gianell LAVARELLO ALBA. *Las biopruebas de identifi-*

en el primitivo art. 402 c.c. Así, el Dictamen Fiscal N° 594-92-MP-FN-FSC, del 03.09.92, estableció que:

”Si bien el articulo 402 del Código Civil no ha considerado el hecho demostrado —relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción— dentro de los casos en los que judicialmente, se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, pero ello no puede dejar sin protección jurídica a una menor ’cuya situación es la de un gran sector de la población infantrn.

La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 09.02.93 (Expediente 271-92), hizo (para variar) suyos los fundamentos del Dictamen FiscaL

5.2.Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales

En materia de reconocimiento extramatrimonial, surge una serie de derechos y principios en conflicto. El primero de ellos *es* el del interés del menor, que más que un principio se trata de un ”típico caso de una cláusula Indeterminada; a punto tal de comprender soluciones contrastantes”235. En efecto, esta cláusula es de carácter interpretativo y está inspirada hacia un *favor* respecto del menor. En este sentido, se sostiene que: ”la cláusula del interés del menor constituye el instrumento para dar actuación, en la variedad de situaciones concretas, a los prevalecientes derechos del menor, orientando a su realización las decisiones que le atañen. Esta requiere que el juez la tenga en cuenta, no como un concepto abstracto, referido a los menores como categoría, sino en el concreto interés del niño, entendido como persona, del carácter único e irrepetible de su dimensión existencial, del contexto personal, familiar, social y económico en el cual este vive y, en consideración

cación y el derecho a la intimidad en Revista jurídica del Perú, año XLVII, N° 13, 1997, 91 y ss.; entre otros, 237 En *Diálogo con la jurisprudencia, con* comentario de Enrique VARSI ROSPIGUOSI, *Análisis*

constitucional de la investigación jurídica de paternidad, en *Diálogo con la Jurisprudencia,* año III, No 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, 83 y ss. 238 Luta DE CONVERTI, *Dichiarazione di patemit4 naturale: preve biologiche e Interesse del*

minore, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* año X, N°4,

1994, 333.

....

de ello, tome la decisión que para él, en un momento determinado yen cierto ambiente, promueva mejor sus derechor39.

Es por ello que se afirma que esta cláusula general ”es una enunciación expresa; pero indeterminada en el contenido y susceptible de concretizarse por el juez en el momento de aplicación’’’.

Sin embargo, algunos jueces han entendido de manera un tanto equívoca la cláusula general del interés del menor al no admitir la pretensión de excluir el nombre de quien figura como padre en la partida de nacimiento, no habiendo dedarado su voluntad en tal sentido. Así, tenemos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín, con Resolución N° 64 (02.07.97), Expediente N° 160-97, ha establecido lo siguiente:

”Que la consignación del nombre como padre de un menor se tiene por no puesta por mandato expreso de la última parte del primer párrafo del articulo trescientos noventa y dos del Código CiviL Que no se trata de establecer si el actor autorizó o no el uso de sus nombres. Lo que se pretende es excluir un dato en cuanto al nombre, dato que para nuestro ordenamiento civil definitivamente no existe porque se considera no puesto. Que los datos que aparecen en la inscripción de nacimiento definitivamente constituyen parte de su identidad, incluido el nombre de quien dice no ser su padre y el Estado está comprometido a preservar esa identidad, por así mandarlo el inciso primero del artículo ocho de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa veinticinco mil doscientos setenta y ocho de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa”.

Por suerte, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República corrigió este error conceptual al determinar, con fecha 05.05.99, en Casación N° 2747-98:

239 Gilda FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausok generalt en Clausole e*

principi generan nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni noventa, a cura de Luciana CASELLA FISU y Luce NANNI, MAZA, l’adora, 1998, 191. 240 Tommaso ARRIGO, *Interesse del minore con riguardo alfa protezione del patrimonio,* en *Clausole*

e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni noventa, cit, 201.

521

”Que el derecho al nombre, que es parte del derecho a la Identidad, además de ser un signo distintivo de las personas en sus relaciones jurídicas y sociales, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores; por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, de que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad. Que el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad y, en el presente caso, el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad del menor; consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida ***de*** nacimiento constituye un acto de usurpación del nombre y, por ende, no puede mantenerse dentro de un instrumento público una ***afirmación*** inexacta, lo que demás vulnera la norma de orden público contenida en el articulo veintiuno del Código Civil; por consiguiente, la Sala de Revisión ha efectuado una interpretación errónea de la norma contenida en el articulo trescientos noventa y dos del Código Sustantivo”

La casación, con mayor criterio, ha entendido que este supuesto de hecho encaja en la figura de usurpación del nombre, regulada en el art 21

La identidad, que no solamente debe ser entendida de manera estática (vale decir, corno identificación) sino de manera dinámica, en tanto ”proyección externa de la personalidariu, ha sido definida en una feliz expresión como ”el derecho a ser uno naismo”243. Por ello y en aras del interés del menor, se sostiene que *este* tenga derecho a conocer quién es su padre, es decir, que

241 Como precedente tenernos la resolución del 17.11.98, Casación N’ 1061-98-Junln, *en Diálogo con*

la Jurisprudencia, año S, N’ lo, Gaceta Jurídica, Lima, julio 1999, 144-146. En doctrina nacional. Yuri VEGA MERE, *La ~lucido del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonta?,* en *Diálogo con la Jurisprudencia,* año 1, N° 1, Gaceta Jurídica, Urna, 1995, 93 y

242 Como distingue *acertadamente Raffaele* TOMMASAII, *L’identita dei soggetti, en L’informazione*

e i diritti della persona, a cura de Cuido ALFA, Mario BESSONE, Inca BONESCNI y Glandomenico CAIAZZA, Centro di Iniciativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, Napoli, 1983, 86. 243 Massimo DOGLIOTT1, *Dirittto all'identlta e tutela della persona, en L'informazione e t &gni*

della persona, cut., 174. Entre nosotros, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO define a la identidad personal como sel conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la penona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro: Este plexo de características de la personalidad *de* 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior, se Fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona,* en su

sepa cuál es su identidad familiar. Sin embargo, *este* derecho choca con el derecho a la Integridad (en tanto respeto de la esencia unitaria de la naturaleza humana) o a la vida privada"' del presunto padre. En efecto, ¿hasta qué punto la negativa del presunto padre a someterse a la prueba hemato-biológica puede ser entendida por el juez como una aceptación tácita de su paternidad? ¿Puede ser evaluada de la misma manera una negativa a someterse a esta prueba frente a otras pruebas adicionales"5 que una negativa frente a la sola afirmación *de* la madre que el demandado es el padre? La primera reforma del Inc. 6, dd Ml. 402 del c.c. establecía, correctamente, lo siguiente:

"Ante la negativa de someterse a alguna de *las* pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal el demandado declarando la paternidad o al hijo como alirnentistas.

En efecto, el juez debe evaluar la negativa de acuerdo al caso concreto y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad. Resulta interesante observar que, a partir del reconocimiento del "derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable", consagrado en el art. 24.2 de la Constitución española, autorizada doctrina constitucional argentina afirma que "no estar obligado a declarar contra sí mismo significa también, y a la vez, no estar obligado a prestar el propio cuerpo (con su integridad fisica, síquica y moral) para ninguna clase de prueba. O sea, que

4mismidacf, en lo que ella es en cuanto específico ser humano- *(Derecho a la identidad personal,* Astrea, Buenos Aires, 1992,113): 244 Se sostiene que su 'definición debe girar en torno ala protección de la esfera de nuestra existen-

cia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vid? *(Juan* MORALES GODO, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información,* Gridey, Lima, 1995,107.108). 245 Resulta interesante el precedente que da un valor decisivo a las pruebas testimoniales a *efec-*

tos de la declaración judicial *de* filiación extramatrimonial. En efecto, el Dictamen Fiscal N* 625-53-MP-FN-FSC, del 09.12.93, estableció que 'dada la forma explicativa *(sic)* en que los testigos han respondido las repreguntas formuladas por el apoderado del demandado y el reconocimiento que el mismo ha efectuado sobre dichos hechas y

tratándose de un reconocimiento de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual solo quienes conocen a las partes pueden informar, sobre todo cuando estas forman convicción, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación' *(Diálogo con* la *jurisprudencia,* año M, N° 7, 1997, 177). La Corte Suprema, con resolución *del.* 06.01.94, confirma esta opinión.

523

este derecho apareja el de negarse a una prueba biológica por extracción de sangre, como también a que se le apliquen sueros a la verdad, se le practique narcoanálisis, o la hipnosis, etc.”246. Luego, se propone a quien pretenda conocer su Identidad familiar, lo siguiente: ”tienes derecho a indagar tu filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela judicial efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte”47.

Tarea asaz ardua y dificil será la de los jueces que tendrán que establecer jurisprudencialmente la solución frente al conflicto de estos derechos.

246 Germán BIDART CAMPOS, La *negatoria a someterse a pruebas biológicas en eljuIdo de atan,*

en Diálogo can la jurisprudencia, arlo III, N° 5, Gaceta Jurídica, Urna, 1997, 241-242.

247 Germán BIDART CAMPOS, *op. cit.,* 243.

Capitulo VIII: Sobre la Interpretación y espefinno de la claridad

”El estudioso del Derecho Civil o del Derecho Penal, cuya experiencia está constituida solamente por el Código sin que haya visto nunca un contrato ni un delito, se parece a quien para estudiar la medicina no tenga ante sus ojos más que catálogos de farmacia o de enfermedades. Por desgracia, la historia de la ciencia del Derecho está sembrada de esas caricaturas. Pero las reglas del Derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina; están operando en la vida, esto *es,* gobernando la vida de los hombres donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia. Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan los hombres *respecto* a esa regla, no solo aquellos a quienes toca mandar sino también aquellos a quienes corresponde obedecer. Solamente así las leyes muestran no tanto su apariencia como su sustancia, es decir, su verdadero valor”.

Francesco CARNE= *Metodología del Derecho.*

1. Premisa

Producto de un debate académico originado por un joven abogado de Torino248, que plantea para la ciencia jurídica ”en cuanto al objeto, un *normativismo imperativo,* en cuanto al método, un *naturalismo experimentar’ y* propone que ”con el fin de elevar la ciencia jurídica a la dignidad de las ciencias físicas, se requiere aplicar la misma lógica experimental y entender a las normas como puros fenómenos, privados de todo contenido y de toda conexión con la práctica aplicativa”250, Francesco Carnelutti escribe, en 1938, *Metodologia del Diritto* y rescata los criterios que sustentan su tan personal

248 Arturo COLONNA, *Per la scienza del diritta Critica delle dottrine giuridiche tmdizionali e pro-*

grama metódologico per Pattuazione della scienza del diritto, Ernesto Arduini, Torino, 1938.

249 Natalino IRTI, *La ”Metodologia del di Francesco Cm* en Francesco CARNELUTTI,

Metodología del Diritto, CEDAM, Padova, 1990, VI-VII.

250 Natalino IRTI, pp. *cit.,* VII.

posición. Por ello, se afirma con razón que ”la metodología se convierte en autobiografía científica, a tal punto que el pensamiento, volcándose hacia sí mismo, descubre paso a paso las reglas del propio camino. El breviario de método brota del examen de conciencia, de este lúcido y firme replegarse del jurista en el trabajo del jurista’’’.

En efecto, partiendo de la premisa de que ”en el campo del trabajo intelectual, la materia prima son *los fenómenos y* el producto son *los conceptos”252,* observa que «si la ciencia (digamos, en su ser) tiene por objeto

la experiencia, es una experiencia en si misma (digamos, en su devenir)””No obstante ello, detalla que ”la voluntad es verdaderamente la materia prima del Derecho y no hay otra ni más noble ni más misteriosa”’”

Si bien es cierto que, en una primera aproximación, Carnelutti pueda parecer un tanto ecléctico, cuando entiende a la ”materia jurídica” como un ”complejo de las normas jurídicas”255 y, posteriormente, se percibe cierta aprehensión metajurídica (aunque no muy clara) en su concepción del Derecho, al afirmar que «son, pues, las reglas que están *sobre el Derecho* las que buscamos para enseñar a construir, a maniobrar, a observar las reglas que están *dentro del Derecho;* en otros términos, buscamos *la ley de la ler6,* no hay lugar a dudas: Carnelutti es un confesado positivista, por cuanto para él ”el Derecho como tal no *es* ni puede ser de otro modo sino positivo, complejo del mando humano. Lo que está sobre el Derecho no es ni puede ser Derecho””7.

Retomando el hilo conductor de este pensamiento, entendiendo a la materia jurídica como un conjunto de reglas, se precisa que «las reglas

251 Natalino *op. cit.*

252 Francesco CARNELUTII *Metodología del Derecho,* traducido por Ángel OSSORIO, Unión TI-

pogragica Editorial Hispano-Americana, México D.F., 1940. 13.

253 CARNELUTI1, *op. cit.,* 16. 254 Francesco CARNELUTD, *op. cit.,* 43. 255 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 20. El autor precisa que las normas jurídicas no son, a su vez,

otra cosa que reglas del obrar” *(op. cit.).*

256 Francesco CARNELUTil, *op. cit.,* 21. Asimismo, admite la influencia de la Economía en *el Dere-*

cho cuando afirma que *"es* dudoso que el Derecho llegue a dominar la Economía, pero es cierto que la Economía regula el Derecho y no es raro el caso de que el Derecho no opere porque, de una parte o de otra, las cuentas están equivocadas" *(cit.,* 25).

son relaciones, no fenómenos' y que "la regla jurídica no es verdaderamente el dato que observar sino el resultado de la elaboración de un dato distinto'''. Entonces, son objeto de observación todos los "actos jurídicos, no solo los legislativos sino, también, los procesales, administrativos, lícitos o ilícitos, civiles, comerciales o penales, las sentencias como los contratos, los testamentos como los delitos"26°. Por ello, Carnelutti sostiene, enfáticamente, que "el científico del Derecho que conoce la ley pero no conoce, por ejemplo, el contrato, o no ha tenido ante sus ojos numerosos ejemplares de contratos de todas las cualidades posibles, es como un zoólogo que nunca haya visto los animales que debe estudiar'. Este autor, así, se vuelve en uno de los defensores del denominado "derecho vivo'''.

¿Cómo hacer que el Derecho que se encuentra en un código se vuelva "derecho viviente"? Haciendo "revivir los fenómenos en sí mismos" y "creando de nuevo"263. En otras palabras, "eliminar cuanto sea posible el diafragma entre nosotros y la realidad, lo que supone hacer observaciones inmediatas y asistir en la medida de lo posible al cumplimiento de los actos jurídicos. *El* principio de *la inmediación* debería ser la divisa, no solo de la política del proceso, sino también de la ciencia del Derecho"'64 o, como gráficamente revela el propio Carnelutti, "zambullirse en la vida'''. Es aquí donde la posición del autor se entronca con el realismo jurídico, por cuanto "el dato, que es el acto, debe observarse hasta donde sea posible, sobre la realidad"66.

Al lado del principio de la inmediación que se propone, está el de que la observación tiene que ser completa "en el sentido que no basta ver el fenómeno sin diafragma sino hay que verle *entero'67,* denominado principio

258 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 31. 259 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.* 260 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 33-34. 261 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 40. 262 Así, por citar algunos ejemplos, Francesco CARNET= habla de "contratos vivas" *(op.*

de "órdenes vivas" (cit., 45), "hombres vivos" *(cit.,* 46), entre otros. 263 Francesco CARNELUTTI, *op. cit., 52.* 264 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 53. 265 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 55. 266 Francesco CARNELUTT1, *op. cit.* 267 Francesco CARNELUTTI, *op. cit.,* 56. E autor agrega que "el Código no *es* más que una can de

la medalla. La otra está constituida por los actos de aquellos que obedecen o desobedecen. No se

de unidar. Otro principio metodológico que se introduce es el de la institucionalidad (que fue denominado anteriormente por el autor como de ínstrurnentalidad), basado *en* que el supuesto que da ”la realidad del Derecho no es el hombre singular sino la institución, es decir, su realidad y complejidar9.

Frente a la proliferación de disciplinas, cada vez más especializadas, del Derecho y que generan una visión parcializada del mismo, observa que la descomposición del Derecho es un procedimiento necesario de nuestra ciencia; pero puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada del conocimiento de que lo que nosotros observamos es, más bien, *el cadáver del Derecho* que *el Derecho vivo,* porque la vida, o sea, la realidad del Derecho, no está en ninguna parte, sino en el todo y en su unidar”.

Con esta percepción del Derecho, se llega a hablar del **lado éstructural y funcional** del mismo’”, o de los capítulos estáticos y dinámicos del fenómeno jurídico272. En este orden de ideas, ”el estudioso opera ante todo el sentido del análisis, esto es, descomponiendo los objetos y, por consiguiente, las imágenes en *sus* varias cualidades y caracteres; pero la descomposición no daría ningún resultado si no fuese seguida de la recomposición, mediante la cual, extrayendo de la *especie,* se obtiene el *género’73.* Esto se logra utilizando la propia metáfora *carneluttiana,* mediante la «reencarnación de los conceptos”. En efecto, ”la ciencia del Derecho, nacida y crecida en la biblioteca, está condenada a la anemia, por no decir a la tuberculosis. El remedio no es otro que la reencarnación de los conceptos con las imágenes sacadas de la observación de la realidad”274. Por ello, ”el concepto, nacido y formado del pensamiento, debe, hasta cierto punto, salir de este, transfiriéndose a

trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra, sino la maniobra que viene ordenada y son los soldados quienes la ejecutan” (cit).

268 Francesco CARNELUTTI, *op. cit., 62.* 269 Francesco CARNELUTIT, *op. cit.,* 59. 270 Francesco CARNELUTII, *op. cit.,* 62. 271 Francesa) CARNELUTT1. op. *cit.,* 64. 272 Francesco CARNELUTT1, *op. cit.,* 65. 273 Francesco CARNELUTTI, *op. cit..* 74. 274 CAFtNELUTII, *op.* cit., 80.

una idea y así tomar sede diversa en el hombre'. La advertida «vocación conceptualista"276 de Carnelutti hace que «los conceptos estén sometidos a ejercicios de análisis y síntesis: mediante el primero, se hacen más puros; mediante la otra, más ordenados'''.

El derecho vivo se encuentra presente en cada decisión tomada por los operadores jurídicos, dando así un carácter dinámico a las categorías jurídicas. A continuación, se van a comentar un par de decisiones administrativas que resultan ser ejemplos emblemáticos de ello.

2. ¿Hasta dónde llega la responsabilidad administrativa de los

proveedores por la idoneidad y calidad de los servicios y productos que ponen en circulación en el mercado?

En la ciudad de Cajamarca, en diciembre de 1999, la señora Nora Yolanda Malpartida de Regalado compró una cuna de madera a la señora Mlriam Marín Abanto. Al percatarse la señora Malpartida de que la baranda de esta era muy grande, le hizo un reclamo a la señora Marín, que, después de una discusión, "la golpeó en el brazo derecho con un palo", hecho que fuera denunciado a la Policía Nacional del Perú. Posteriormente, la señora Marín devobrió el dinero pagado a la señora Malpartida. No obstante ello, la señora Malpartida denunció a la señora Marín ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI por presunta infracción al Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor (vigente en ese entonces). Mediante Resolución Final N° 189-2000-CPC, de fecha 13.04.00, la Comisión resolvió que hubo infracción del art 8 del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, del 07.11. 199 i(Deber de idoneidad), por cuanto:

«La garantía implícita, a la cual se refiere el artículo 8, no solo debe entenderse respecto de la idoneidad y calidad de los productos o servidos que los proveedores ponen a disposición de los consumidores, sino también, con relación a la idoneidad y calidad del servido de atención al consumidor insatisfecho, debido a los reclamos que puedan presentarse por dichos productos o servidos. En efecto, en este caso, el consumidor ha solicitado 'se aplique la sanción correspondiente por el maltrato' que ha sufrido.

275 Francesco ~1=1 *op. Cit., 87.* 276 Natallno IRTI. op. dt, XL 277 Natalia° IRTI, *op.*

La relación de consumo no se agota en la entrega del bien o en la prestación del servicio. La relación de consumo, en tanto vinculación entre situaciones jurídicas, contiene una serie de derechos y de obligaciones, tanto para el consumidor, como para el proveedor. En el caso del proveedor, este se encuentra en la obligación de atender adecuadamente (es decir, con idoneidad y calidad) al consumidor en caso se presente un reclamo, respecto del prciducto o del servicio adquirido.

En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera Individual o colectiva a fin de *defender* sus intereses. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante un proveedor, que este lo atienda sin agredirle u ocasionarle daño alguno. Por el contrario, un consumidor no esperaría, al formular un redamo, que el proveedor lo golpee, como efectivamente sucedió, al extremo de ocasionarle lesiones que impliquen cuatro días de incapacidad para el trabajo".

Esta decisión resulta emblemática del lema *carneluttiano* de "zambullirse en la realidad", por cuanto, frente a un caso (aparentemente banal), se abrió un nuevo horizonte interpretativo de la garantía implícita a la cual se refiere el art 8 de la Ley de Protección al Consumidor. El dato proporcionado por el derecho viviente hace que el abstracto concepto de la relación jurídica tenga un sentido especffico y sirva para resolver un conflicto (de carácter administrativo) entre dos titulares de situaciones jurídicas (consumidor y proveedor). Esta percepción hace que se incorpore al ámbito de tutela del consumidor el derecho a ser atendido frente a un reclamo por los productos o servicios materia de la relación de consumo.

En este mismo sentido, se resolvió otro caso, en el cual un consumidor, **Daniel Humberto Lanchipa Bueno,** con motivo de su viaje Lima-Arequipa, el 07.04.00 en el servicio Royal Class, entregó a la empresa **Expreso Internacional Ormeño S.A.** su equipaje, recibiendo como comprobante un ticket, el mismo que fue adherido a su boleto de viaje. Al llegar el señor Lanchipa a la ciudad de Arequipa, se dio con la sorpresa de que su equipaje no había tenido el mismo destino. Como consecuencia de ello, se dirigió al administrador para formular su reclamo por escrito y este se negó a recibirlo, obligando a que el consumidor presentase dicho reclamo a su regreso a Lima y formulase una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, que, mediante Resolución Final N° 342-2000-CPC, del 29 de 29.05.00, sancionó al proveedor, estableciendo que:

Capítula Sobre **la** *interpretación y el espejismo de la claridad*

”En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses en la primera oportunidad en que presente su reclamo, a menos que existan circunstancias que impidan hacerlo; protegiéndose de esta forma sus intereses económicos a través de un trato equitativo y Justo en todas las transacciones económicas que efectúa. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante el proveedor que este lo atienda a menos que exista un motivo Justificado. En el presente caso, la empresa denunciada no ha señalado ni ha acreditado la existencia de un motivo que Justifique la negativa a recibir el reclamo formulado por el señor Lanchlpa”.

En la actualidad, el art. 18 del Código de Protección y **Defensa del Consumidor,** Ley No 29571, del 01.09.10, establece que

”Se entiende por Idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e Información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor”.

3. A MANERA DE COLOFÓN:

Volviendo a la práctica sabiduría del buen Sancho Panza

Quien lee el capitulo XLV de la segunda parte de *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha,* que se refiere al paje en el cual Sancho Panza es nombrado gobernador de la ínsula Barataria, no puede quedar sino sorprendido por cómo, de los problemas más simples, pueden surgir soluciones tan ingeniosas. En este capítulo, se relata que, después de las ceremonias de

rigor (por suerte no hubo ningún juez que las dedarase nulas por no haberse cumplido con inútiles formalidades), Sancho es llevado a la silla del juzgado y es sentado en ella para que administre justiciana. Entre los varios casos que se le presentaron, es notable el que se presentó entre una pareja, que podría ser calificado *de* responsabilidad civil. En efecto, se presentó una mujer ”asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico”279. La afectada sostuvo lo siguiente:

¡Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la Iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, *este* mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado y, ¡desdichada de mí!, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y estranjeros, y yo, siempre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme”.

El presunto causante del daño, por su parte, dijo que:

”— Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socaliñas poco menos de lo que ellos valían; volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo *cuece,* hizo que yogásemos280 juntos; paguéle lo suficiente, y ella, mal contenta, asió de mi, y no me ha dejado hasta traerme a este pueblo. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago

o pienso hacen y esta es toda la verdad, sin faltar meajd

»281

278 Así, el mayordomo del duque le dijo lbs costumbre antigua de esta ínsula, señor gobernador, que

el que viene a tomar posesión desta famosa ínsula está obligado a responder a una pregunta que se le hiciere, que sea algo intricada y dificultosa, de cuya respuesta el pueblo toma y toca el pulso del Ingenio de su nuevo gobernador, y así, o se alegra, o se entristece con su venida’ (Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *Segunda Parte del ingenioso caballero don Quijote de la Mancha,* edición de **f.** JAY ALCEN, 20’ edición, tomo II, Cátedra, Madrid 1998, 360).

279 Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit.,* 363. 280 *Yogas* es un verbo muy antiguo que significa 'holgarse y, particularmente, tener acto camal'

(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española,* 21' edición, tomo II, EspasaCalpe, *Madrid,* 1992, 2116).

281 Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit.,* 364.

Capítulo VIII: Sobre la interpretación y espejismo de la claridad

Sancho ordenó que el ganadero le diese a la dañada el dinero que tenía en bolsa (veinte ducados). Apenas salió la mujer, le dijo al ganadero (casi lloroso) que fuera en su busca, que le quite la bolsa con el dinero y que vuelva con ella. Al rato, los dos regresaron *"más* asidos y aferrados que la vez primera"232. La mujer volvió a Jamar justicia y Sancho le dijo lo siguiente:

Hermana mía, si *el* mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrárades, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerza de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta ínsula ni en seis leguas a la redonda, so pena de doscientos azotes. ¡Andad luego digo, churrillera, desvergonzada y embaidoral"283.

La sentencia de Sancho para con el ganadero fue esta:

"— Buen hombre, andad con Dios a vuestro hogar con vuestro dinero, y de aqui *en* adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga én voluntad de yogar con nadie"2114.

No es mi propósito comparar las decisiones que hemos analizado a lo largo de esta investigación con la del inmortal personaje literario. Simplemente, quiero reiterar que todo operador jurídico (legislador, abogado, juez, notario, registrador, entre otros) debería reflexionar sobre la importancia (y las consecuencias) de *sus* decisiones y que la (obligada) argumentación jurídica que debe acompañar dichas decisiones no pierda (en su estructura y finalidad) el (necesario) sentido común, del cual ha hecho gala el buen Sancho y que también se requiere en los estudios que deben hacer los académicos. Ello, sin perder de vista que "es muy importante considerar que cualquiera que sea el método que se emplee, la finalidad de la interpretación debe ser el logro de la justicia en el caso planteado. No solo de la justicia abstracta, que corresponde a definiciones doctrinarias, sino de la justicia como noción ética que todos llevamos en nuestro espíritu'85.

282 Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit.* 283 Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit, 365.* 284 Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit.* 285 Rómulo LANATTA GUILHEM. *La justicia en la interpretación de la ley,* en *Libro homenaje a José*

León Cultural Cuna Urna, 1985. 297.